



UNIVERSITÀ DI PISA

Dipartimento di Giurisprudenza

Corso di Laurea Magistrale in Giurisprudenza

Tesi di Laurea:

La discrezionalità della magistratura di sorveglianza nella gestione dei benefici penitenziari: le contraddizioni del legislatore

CANDIDATO
Silvia Feron

RELATORE
Chiar.mo Luca Bresciani

Anno Accademico 2014/2015

INDICE

LA DISCREZIONALITA' DELLA MAGISTRATURA DI SORVEGLIANZA NELLA GESTIONE DEI BENEFICI PENITENZIARI: LE CONTRADDIZIONI DEL LEGISLATORE

INTRODUZIONE	p.1
---------------------------	------------

CAPITOLO 1

Dal carcere “terminale” al “carcere della speranza”

1.La riforma n. 354/1975: esecuzione penale come occasione di recupero sociale e rieducazione	p.5
2.La nascita delle misure alternative alla detenzione come “sanzioni premiali”	p.10
3.Preclusioni all’accesso alle misure alternative per determinate categorie di soggetti	p.13
3.1.Questioni di legittimità costituzionale sulle “clausole di esclusione”	p.19
4.Legge n. 663 del 1986: la “riforma della riforma”	p.22
4.1.La de-istituzionalizzazione: il carcere come <i>extrema ratio</i>	p.24
4.2.L’abolizione delle “clausole di esclusione”	p.27
4.3.La nascita di nuovi benefici penitenziari	p.34

CAPITOLO 2

La controriforma penitenziaria

- 1.**La legislazione penitenziaria degli anni novanta e la lotta alla criminalità organizzata: uno sguardo agli entusiasmi iniziali della legge Gozzini e alla sua successiva “demonizzazione” **p.38**
- 2.**Inasprimento della normativa sui permessi premio e introduzione dell’art. 4-bis o.p., uno dei capisaldi della legislazione d’emergenza..... **p.45**
- 3.**“Divieto di concessione di benefici”: art. 58-quater dell’ordinamento penitenziario **p.60**
- 4.**Concessione dei permessi premio ai recidivi **p.66**
- 4.1.**Eliminazione di alcuni automatismi carcerari a carico dei recidivi reiterati **p.74**

CAPITOLO 3

Nuove proposte di legge

- 1.**Un progetto ancora in fieri **p.77**
- 2.**Tavoli tematici degli Stati Generali dell’esecuzione penale **p.81**

Osservazioni conclusive p.90

Note bibliografiche p.93

INTRODUZIONE

Quando la legge rinvia al giudice il potere di determinare la regola da applicare ad un caso concreto si parla di discrezionalità. Nella fase dell'esecuzione della pena la discrezionalità della magistratura di sorveglianza va ad attuare la stessa ai progressi del condannato e al cambiamento del suo comportamento durante la reclusione in carcere. Solo lasciando quel margine di discrezionalità si può adeguare la sanzione alla personalità del condannato andando così a conformarsi a quello che è il principio rieducativo della pena, ai sensi del comma 3 dell'art. 27 della Costituzione. In base a tale principio le pene devono tendere alla rieducazione del soggetto anche in fase esecutiva; ecco che si ritiene necessaria la loro flessibilità durante il trattamento, divenendo importante il potere discrezionale che la magistratura di sorveglianza ha nell'offrire ai condannati un accesso ai vari benefici penitenziari disciplinati dal nostro ordinamento penitenziario. La pena irrogata con la sentenza di condanna potrà essere, dunque, dalla magistratura di sorveglianza modificata e rivalutata in base al comportamento del soggetto, sostituendola con una misura alternativa.

Le misure alternative alla detenzione sono state introdotte per la prima volta dalla legge n. 354 del 1975, prima riforma in ambito penitenziario, improntata a un'esecuzione penale come occasione di recupero sociale del condannato.

Il legislatore, però, a causa dell'ondata di emergenza che caratterizzò l'Italia negli anni Settanta, scelse di imporre delle limitazioni alla concessione dei benefici penitenziari, andando così a restringere i poteri discrezionali della magistratura di sorveglianza e creando in questo modo il rischio di disparità di trattamento. Alcune categorie di soggetti, dunque, risultarono impossibilitati ad accedere alle misure alternative in modo eguale rispetto a tutti gli altri detenuti. Stiamo parlando dei condannati per i c.d. “reati ostativi”, quali il reato di rapina ed estorsione, semplici ed aggravate, e il reato di sequestro di persona a scopo di rapina o di estorsione.

Nel 1986, poi, il legislatore decise di attuare una politica improntata su una realtà extra-carceraria, onde restituire alla magistratura quel margine di discrezionalità idoneo a privilegiare il trattamento del condannato in libertà, attraverso la concessione dei benefici penitenziari da valutare in base al comportamento del soggetto durante la sua permanenza in carcere. Questa sorta di “decarcerizzazione” permise di ritenere il carcere come *extrema ratio*, da prendere in considerazione, quindi, solo quando ogni altro tentativo rieducativo risulti vano. Vennero così abolite le preclusioni nei confronti di alcune categorie di soggetti, in base alla constatazione che le condizioni di accesso alle misure sostitutive del carcere dovessero valere per tutti, a prescindere dalla natura del reato commesso. Con la legge Gozzini del 1986, dunque, si tentò di facilitare l'accesso ai benefici penitenziari, introducendo,

inoltre, alcune nuove figure dirette ad ampliare il novero delle misure alternative alla detenzione.

Ulteriore intervento restrittivo del potere discrezionale della magistratura di sorveglianza lo incontriamo agli inizi degli anni Novanta, quando il fenomeno della criminalità organizzata ed eversiva tornò a farsi sentire, in maniera più pressante rispetto ai primi anni della riforma penitenziaria del 1975. Questo pare riconducibile alla constatazione del fatto che l'aver concesso un ampio utilizzo delle misure alternative non avesse portato altro che un'ulteriore criminalità, per il fatto che molti soggetti tendevano ad approfittarsi del momento "in libertà" per delinquere ulteriormente. Ecco che il legislatore ritenne, perciò, necessario proteggere la società facendo un passo indietro, introducendo così ulteriori articoli all'ordinamento penitenziario, articoli come il 4-bis, il 58-quater e 30-quater, restrittivi delle possibilità di alcuni condannati di accedere al beneficio. Si parla qui di "controriforma" per l'evidente difformità rispetto al principio rieducativo posto alla base della riforma del 1975. Il trattamento per alcune categorie di condannati venne poi successivamente inasprito da un ulteriore intervento del legislatore, attuato con la legge n. 251 del 2005, la quale si occupò specificamente del trattamento punitivo riservato al soggetto recidivo.

Attualmente, dopo un tentativo nel 2013 di eliminare alcuni di questi meccanismi preclusivi, l'argomento è stato oggetto di dibattiti anche

all'interno del Parlamento, essendo al momento in sede di esame al Senato il disegno di legge n. 2067. Capiremo, da tale esito, se le varie limitazioni verranno modificate o meno. I tavoli di lavoro degli Stati Generali dell'esecuzione penale, il cui Comitato di esperti è stato costituito in maggio 2015, con decreto del Ministro della Giustizia Orlando, optano, tuttavia, per l'abolizione di qualsiasi preclusione "assoluta", in linea con il disegno di legge n. 2798 presentato alla Camera dei Deputati nel dicembre 2014 ed a vantaggio dei termini discrezionali della magistratura di sorveglianza.

CAPITOLO 1

DAL CARCERE “TERMINALE” AL CARCERE “DELLA SPERANZA”

Sommario: **1.** Riforma n. 354/1975: esecuzione penale come occasione di recupero sociale e rieducazione; **2.** La nascita delle misure alternative alla detenzione come “sanzioni premiali”; **3.** Preclusioni all’accesso alle misure alternative per determinate categorie di soggetti; **3.1.** Questioni di legittimità costituzionale sulle “clausole di esclusione”; **4.** Legge n. 663 del 1986: la “riforma della riforma”; **4.1.** La de-istituzionalizzazione: il carcere come *extrema ratio*; **4.2.** L’abolizione delle “clausole di esclusione”; **4.3.** La nascita di nuovi benefici penitenziari.

1. Riforma n.354/1975: esecuzione penale come occasione di recupero sociale e rieducazione.

Rispetto alla tradizione preesistente, in cui mezzo per l’educazione e per il riconoscimento dell’errore erano le privazioni e le sofferenze fisiche, la legge n. 354 del 1975, recante “Norme sull’ordinamento penitenziario e sull’esecuzione delle misure privative e limitative della libertà”, risulta

finalizzata ad obiettivi nettamente differenti da quelli tradizionali. La riforma risponde all'obbligo di adempimento costituzionale indicato dall'*art. 27, comma 3* della Costituzione, secondo cui "le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato".¹ Importante è anche la *rivalutazione del soggetto* come persona. Da qui l'affermazione del principio secondo cui i diritti civili garantiti dalla Costituzione ad ogni cittadino debbono trovare riconoscimento e tutela anche in quella situazione particolare rappresentata dallo *status detentionis*.²

Con la riforma si è assistito quindi alla netta inversione di tendenza rispetto a quelli che erano i principi ispiratori propri del regolamento del 1931, che tendevano ad una filosofia retributiva-afflittiva della pena e al conseguente rapporto di "soggezione particolare" tra condannato e amministrazione penitenziaria. In particolare, il finalismo rieducativo della pena trova, in questa circostanza, la sua prima organica attuazione a livello di legislazione ordinaria. La pena adesso non è più qualcosa di imm modificabile, potendo nel corso della sua esecuzione essere soggetta ad attenuazioni di carattere quantitativo e/o qualitativo, a discrezionalità della magistratura di sorveglianza; risultando la separatezza dal carcere

¹ G. Di Gennaro, R. Breda, G. La Greca, *La riforma del 1975 storia e significato*, in "Ordinamento penitenziario e misure alternative alla detenzione", Milano 1997, pag.1-4

² P. Comucci, *Lo sviluppo delle politiche penitenziarie dall'ordinamento del 1975 ai provvedimenti per la lotta alla criminalità organizzata*, in "Criminalità organizzata e politiche penitenziarie", Milano 1994, pag.8

controproducente, tale separatezza deve avvenire mediante strumenti che realizzino adeguati contatti con l'esterno.

La magistratura di sorveglianza viene quindi investita di determinate competenze inerenti ad istituti che esprimono gli orientamenti del nuovo ordinamento penitenziario, come ad esempio le misure alternative.³ Non è più credibile puntare al recupero del condannato attraverso azioni di forza tese a "piegare" la sua cattiva volontà. Si tenta piuttosto di far prevalere un'esecuzione penale che sappia guardare all'uomo e alla sua vicenda esistenziale in tutta la sua complessità. Ecco che il carcere smette di essere considerato come un'istituzione "terminale" in cui il condannato viene abbandonato a se stesso e diventa una struttura a cui è affidata un'azione attiva e tendenzialmente provvisoria in una fase dell'esecuzione penale.

Si parla di *individualizzazione*, che non riguarda più il tentativo di far corrispondere la sanzione al quantum di danno cagionato e di responsabilità dell'autore, ma comprende anche esigenze di trattamento. Ecco che la riforma del 1975 ha dato applicazione al principio di individualizzazione della pena prevedendo la possibilità per giudice di sorveglianza, non solo di intervenire per adeguare la pena detentiva alle modificazioni prodottesi nel condannato durante l'esecuzione, ma anche di sostituire in tutto o in parte l'esecuzione di una pena detentiva con

³ F. della Casa, *Riforme e controriforme*, in "La magistratura di sorveglianza, organizzazione, competenze, procedure", Torino 1992 pag. 2,3

quella di misure in libertà. In questo senso, l'istituzione di una gamma di misure alternative alla detenzione rappresenta una vera e propria svolta nel sistema penale e penitenziario italiano.⁴

Ogni soggetto condannato o internato ha diritto di ricevere un'attenzione particolare diretta a capire le difficoltà di funzionamento sociale che stanno alla base del suo comportamento trasgressivo. I processi personali e sociali che possono condurre alla commissione di reati sono complessi ed eterogenei. Ecco che accanto ai soggetti in cui la delinquenza costituisce la manifestazione di un'incapacità di organizzazione personale di fronte alla realtà della vita, se ne collocano altri in cui la scelta antisociale appare come adesione consapevole da parte di una personalità ben organizzata a modelli sottoculturali criminali. Il tratto concettualmente unificante di questi diversi percorsi è dato dal fatto che producono tutti un difetto di funzionamento sociale. Adeguare il comportamento ai doveri sociali e assumere in modo corretto i ruoli che la comunità propone, diventa l'obbligo principale di un'esecuzione penale che intenda rispondere al precetto costituzionale indicato dall'art.27, comma 3, Cost. Presupposto è che nessuno dei soggetti appena indicati viene considerato in sé immeritevole di ricevere aiuto.⁵ In forza della Costituzione il detenuto ha diritto a veder garantiti i diritti inviolabili dell'uomo, in quanto l'umanità supera la condizione

⁴ G. Di Gennaro, R. Breda, G. La Greca, *La riforma del 1975 storia e significato*, in *"Ordinamento penitenziario e misure alternative alla detenzione"*, cit. pag.4-7

⁵ G. Di Gennaro, R. Breda, G. La Greca, *La riforma del 1975 storia e significato*, in *"Ordinamento penitenziario e misure alternative alla detenzione"*, cit. pag. 7-8

di detenzione. E perciò la stessa libertà personale deve essere garantita persino oltre le sbarre del carcere.⁶

Per ciò che attiene al valore perseguito, nel concetto assunto dalla Costituzione, art. 27, comma 3, rieducazione non è altro che un sinonimo di “recupero sociale”, di “reinserimento sociale”, di “risocializzazione”. Lo stato si prende cura della morale dei cittadini in forma indiretta, promuovendo l’osservanza delle proprie leggi, e in senso sociale, ponendo attenzione alla condotta esterna dei singoli e dei gruppi ai fini di un’ordinata convivenza sociale. In questo senso rieducazione significa “acquisizione della capacità di vivere nella società nel rispetto della legge penale”. Ma l’opera di rieducazione di uno Stato va considerata anche come opera demandata alla società stessa attraverso l’aiuto che questa deve offrire a chi è caduto nel delitto. Nella legge penitenziaria del 1975 si stabilisce che “nei confronti dei condannati e degli internati deve essere attuato un trattamento rieducativo che tenda, attraverso contatti con l’ambiente esterno, al loro reinserimento. Tale scopo è seguito appunto dal legislatore italiano con l’introduzione delle misure alternative alla detenzione.”⁷

⁶ P. Faraguna e M. Gialuz, *Il carcere e la promessa tradita della Costituente*, in “*Il Mulino*”, 2012, pag. 994

⁷ G. Vassalli, *Il dibattito sulla rieducazione*, in “*Rassegna penitenziaria e criminologica*”, 1982, pag. 466-469

2. Nascita delle misure alternative alla detenzione come “sanzioni premiali”.

In passato le uniche “finestre” aperte nel sistema penitenziario alle correnti operative esterne erano rappresentate dall'intervento dei visitatori delle carceri, cioè volontari che si assumevano il compito di sostenere moralmente i detenuti. Ciò sta a significare che i rapporti del carcere con il mondo esterno non erano propri del sistema. Il rapporto con la comunità esterna diventa importante, invece, quando si arriva a capire che la soluzione del problema va cercata in un ambito più ampio. La comunità assume un ruolo integrativo essenziale nell'ambito dell'esecuzione penale.⁸ L'ordinamento penitenziario vigente immette nella pena un proposito rieducativo e si avvale, per realizzarlo, del carcere. Da qui l'affacciarsi di una prospettiva “premiale” che si concretizza in una serie di istituti cui è affidata la sollecitazione del detenuto verso l'offerta rieducativa e ai quali si riconnette la modifica, qualitativa o in termini di durata, della pena detentiva in dipendenza del grado di rispondenza del detenuto al trattamento. La loro proiezione finalistica nell'attuazione di questo obiettivo e il progressivo distacco dall'espiazione “chiusa”, ne consente il raggruppamento sotto la rubrica di “Misure alternative alla detenzione”. Esse nascono dall'esigenza di

⁸ G. Di Gennaro, R. Breda, G. La Greca, *La riforma del 1975 storia e significato*, in *“Ordinamento penitenziario e misure alternative alla detenzione”*, cit. pag. 12-14

creare degli incentivi per far aderire l'interessato all'opera di riadattamento sociale. Con la messa a punto di meccanismi premiali, i principi enunciati nell'art. 27, comma 3 Cost. vengono a trovare completa attuazione.⁹ La riforma prevede il trattamento rieducativo individualizzato, centrato sulle esigenze di risocializzazione del singolo detenuto, da attuarsi attraverso le misure in questione. La competenza a decidere sulle stesse è stata affidata alla Sezione di Sorveglianza, la quale diventerà successivamente Tribunale di Sorveglianza.¹⁰

Le misure alternative alla detenzione si inquadrano in una sorta di “contrattazione” tra lo Stato, titolare della pretesa punitiva, e il condannato, soggetto alla pena detentiva inflittagli: questa viene sostituita con forme meno afflittive della detenzione. Il loro emergere si accompagna al fenomeno della caduta dell'intangibilità del giudicato, cioè la possibilità di sostituire la pena con una modalità espiativa diversa per quantità o qualità, in funzione del comportamento del reo tenuto, non soltanto prima, ma anche dopo la condanna.

Le misure di cui parliamo sono indirizzate verso un duplice effetto: con esse non solo si tenta di ottenere l'apertura del carcere per i condannati che se ne rendano meritevoli, ma si vuole inoltre orientare la condotta penitenziaria verso modelli assunti *ex lege* quali presupposto per la fruizione delle stesse. Ciò significa che, per il solo fatto della loro

⁹ A. Presutti, *La premialità penitenziaria tra rieducazione e custodia*, in “*Profili premiali dell'ordinamento penitenziario*”, Milano 1986, pag. 17,24,25

¹⁰ V. Fanchiotti, *Le misure alternative*, in “*La criminalità in Italia*”, 1992, pag. 238

previsione legislativa, esse finiscono per incidere sullo svolgimento delle attività di trattamento all'interno degli istituti, in quanto fungono da incentivo per l'adozione, da parte dei condannati, di comportamenti coerenti con la finalità risocializzatrice.¹¹

Tali misure, attraverso la previsione di una “sanzione positiva” o “premiale”, offrono al condannato l'opportunità di incidere sulle vicende della propria situazione penitenziaria. Egli diventa così arbitro della propria sorte in sede esecutiva, in quanto dipenderà dalle sue scelte l'accesso alle misure in parola. Esse sono vere e proprie sanzioni premiali, da intendersi come premi attribuiti a seguito di alcuni presupposti comportamentali.¹²

Da tener conto che la funzione di prevenzione generale rimane intatta, nella forma della possibile revoca di tali misure, qualora il condannato tenga comportamenti contrari alla legge o alle prescrizioni o incompatibili con la prosecuzione della prova, ovvero se si palesi inidoneo al trattamento o trasgredisca gli obblighi impostigli.¹³

¹¹ V. Grevi, *“Alternative alla detenzione e riforma penitenziaria”*, Bologna 1982, pag. 13

¹² V. Grevi, *Alternative alla detenzione e riforma penitenziaria*, cit. pag. 15-18

¹³ E. Fassone, *I difficili equilibri del nuovo ordinamento penitenziario*, in *“La pena detentiva in Italia dall'800 alla riforma penitenziaria”*, Bologna 1991, pag.228-230

3. Preclusioni all'accesso alle misure alternative per determinate categorie di soggetti.

La situazione italiana all'inizio degli anni Settanta è particolarmente allarmante a causa di un tipo di criminalità di natura terrorismo-eversiva di difficile contenimento. Questo ha portato ad introdurre leggi emergenziali, andando così il legislatore a restringere la discrezionalità della magistratura di sorveglianza nel concedere benefici penitenziari ai condannati. Dette leggi hanno contenuti opposti alle linee portanti della politica che si intendeva attuare con la riforma dell'ordinamento penitenziario. Il quadro delle misure alternative, quindi, ne risulta decisamente inquinato.

Una delle prime misure ad essere presa in considerazione è l'Affidamento in prova al servizio sociale, di cui all'art.47 o.p. Tale misura permette al condannato a pena non superiore a due anni e sei mesi di essere affidato al servizio sociale fuori dall'istituto per un periodo uguale a quello della pena da scontare. A tale misura alternativa viene imposto un periodo obbligatorio pari a tre mesi di osservazione in istituto, vanificando così la funzione di misura preordinata ad evitare il contatto con il carcere per i condannati a pene di lieve entità.

La previsione del periodo di tre mesi di permanenza in carcere costituisce quindi un limite al successo dell'affidamento, non evitando

al condannato il contatto prolungato con la realtà carceraria, a differenza di quanto si voleva ottenere con la proposta originaria, che prevedeva l'immediata concedibilità della misura.¹⁴

Cosa più importante, che meglio ci fa notare la restrizione di discrezionalità della magistratura di sorveglianza, è l'esclusione della sua concessione nei confronti di soggetti dichiarati recidivi o di autori di reati in grado di provocare un certo allarme sociale. Sto parlando dei c.d. "reati ostativi", quali la rapina e l'estorsione, semplici o aggravate, ed il sequestro di persona a scopo di rapina o estorsione.¹⁵ Per tali reati il giudice non può decidere in base al caso concreto, non può basare le sue scelte sul comportamento tenuto dal condannato durante l'esecuzione e sul miglioramento della sua condotta, essendo tale soggetto escluso dall'accesso all'affidamento in prova, e come vedremo, non solo a tale misura.

Sono esclusi dall'applicazione della misura, altresì, coloro ai quali sia stata irrogata una pena superiore a due anni e sei mesi, ovvero che, sebbene condannati a pena inferiore, siano stati assoggettati ad una misura di sicurezza detentiva.¹⁶ Quindi il fatto di essere sottoposto a misura di sicurezza costituisce un altro limite all'accesso all'affidamento in prova. Come vedremo, dell'esigenza di evitare

¹⁴ A. Bernasconi, *La sicurezza nella l. 26 luglio 1975 n. 354: un modello d'indefinito giuridico*, in *"La sicurezza penitenziaria"*, Milano 1991, pag. 91

¹⁵ P. Comucci, *Lo sviluppo delle politiche penitenziarie dall'ordinamento del 1975 ai provvedimenti per la lotta alla criminalità organizzata*, in *"Criminalità organizzata e politiche penitenziarie"*, cit. pag.13-15

¹⁶ V. Grevi, *"Alternative alla detenzione e riforma penitenziaria"*, cit. pag. 30

l'impatto traumatico col carcere, si farà carico il legislatore, a partire dal 1986.¹⁷

Altra figura prevista è la Semilibertà, di cui all' art. 48 o.p., la quale costituisce un'alternativa solo parziale e "impropria", prevedendo che il condannato che vi è ammesso, in relazione ai progressi compiuti durante il trattamento, trascorra solo parte del giorno fuori dal carcere, per partecipare ad attività lavorative, istruttive o comunque utili al reinserimento sociale. Nella sua configurazione originaria, alla misura è ammesso, oltre all'internato in esecuzione di una misura di sicurezza, il soggetto condannato all'arresto o alla reclusione non superiore a sei mesi, sempre che egli non sia affidato in prova al servizio sociale (art. 50, co. 1) o fuori da questo caso, dopo l'espiazione di almeno metà della pena. Anche in questo ambito la magistratura di sorveglianza ha un margine di discrezionalità limitato, essendo da tale misura esclusi i condannati per i reati di rapina, rapina aggravata, estorsione, estorsione aggravata, e sequestro di persona a scopo di rapina o di estorsione. La semilibertà è esclusa inoltre per il soggetto condannato all'ergastolo, limitazione che verrà successivamente meno.

Come abbiamo visto, quindi, sia l'affidamento in prova che la semilibertà, inizialmente, non possono essere concessi al condannato

¹⁷ V. Fanchiotti, *Le misure alternative*, in "La criminalità in Italia", cit. pag.240

dichiarato recidivo, né al condannato per un reato “ostativo”. Tale preclusione verrà in seguito eliminata.¹⁸

Infatti, la legge del 12 gennaio 1977 n.1, al suo art. 4, va a modificare l’art. 47 della legge n. 354/1975, rendendo possibile l’affidamento in prova anche a chi abbia precedentemente commesso un delitto della stessa indole. Quindi, poco dopo la riforma del 1975, viene abolito l’originario divieto di applicazione di tutte le misure alternative nei confronti dei soggetti dichiarati recidivi specifici.¹⁹ Persiste, al contrario, l’inapplicabilità di tali misure per i condannati ai reati ostativi. Per la caduta di tale preclusione dovremo attendere la svolta effettuata dal legislatore del 1986.

Tra le varie limitazioni inerenti al sistema penitenziario agli inizi degli anni Ottanta, si può notare che è stata inoltre introdotta una disposizione che colpisce specificatamente la criminalità di stampo mafioso, inserendo tra le ipotesi di reato che ostano alla concessione delle misure alternative anche l’art.416 bis c.p, che disciplina le “associazioni di tipo mafioso, anche straniere”, con l’intento di rafforzare la valenza general-preventiva della disposizione penale contestualmente inserita nel quadro dei delitti contro l’ordine pubblico.²⁰ Sarà quindi escluso dall’accesso

¹⁸ V. Fanchiotti, *Le misure alternative*, in “*La criminalità in Italia*”, cit. pag. 241

¹⁹ A. Di Giovanni, *Norme sull’ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative e limitative della libertà*, in “*Il nuovo ordinamento penitenziario*”, Napoli 1982, sub. Art. 47 o.p., pag. 67

²⁰ P. Comucci, *Lo sviluppo delle politiche penitenziarie dall’ordinamento del 1975 ai provvedimenti per la lotta alla criminalità organizzata*, in “*Criminalità organizzata e politiche penitenziarie*”, cit. pag. 19

alle misure alternative anche il soggetto che ha commesso tale reato di carattere mafioso.

Questa “strategia differenziata”, che ha portato all’esclusione di istituti volti alla rieducazione, ha dato luogo ad equivoci. L’esigenza di prevenzione generale deve certamente essere salvaguardata, ma non esistono delinquenti incorreggibili.²¹

Ulteriore misura è la Liberazione anticipata, di cui all’art 54, o.p. Essa è stata introdotta per assolvere la funzione di incentivo premiale “periodico”, sul presupposto che la prospettiva dell’acquisizione di più benefici a brevi scadenze di tempo sia la più idonea a determinare un miglioramento nella condotta dei condannati. “La prossimità della meta ha attitudine a polarizzare su di questa l’impegno del condannato”. Tale misura concede al condannato a pena detentiva che abbia dato prova di partecipazione all’opera di rieducazione, la concessione di una detrazione di venti giorni per ogni singolo semestre di pena scontata. Il quantum di pena detraibile verrà successivamente incrementato e il carattere “facoltativo” della concessione del beneficio verrà eliminato. Questo a causa delle esigenze di abbreviare il momento segregativo che il legislatore mostrerà a partire dal 1986.²² Ma per quanto riguarda quest’ultima misura, è intervenuta subito dopo la riforma del 1975 la legge del 12 gennaio 1977 n.1, che ha abrogato l’ultimo comma dell’art.

²¹ G. Vassalli, *“Rassegna penitenziaria e criminologica”*, cit. pag. 474

²² M. Chiavario, T. Padovani, *sub. Art. 18*, in *“Legislazione penale”*, 1987, pag.199-200

54, eliminando la preclusione e permettendo di concedere tale misura anche ai condannati per i cosiddetti reati “ostativi”. Cosa che, al contrario, rimane invariata per le altre misure alternative alla detenzione, quali l’affidamento in prova e la semilibertà.

Altro beneficio, disciplinato dall’ art. 176, c.p., è la Liberazione condizionale, concretizzato come provvedimento massimo di incentivazione del condannato verso un atteggiamento coerente con la finalità rieducativa della pena. Tale misura è concessa al condannato che, durante il tempo di esecuzione della pena, abbia tenuto un comportamento tale da far ritenere sicuro il suo ravvedimento, a condizione che abbia scontato almeno trenta mesi o comunque almeno metà della pena inflittagli, qualora il rimanente della pena non superi i cinque anni.

3.1. Questioni di legittimità costituzionale sulle “clausole di esclusione”.

Tali clausole di esclusione, che limitano l'accesso alle misure alternative alla detenzione a determinate categorie di soggetti, hanno creato il sollevamento di alcune questioni di legittimità costituzionale.

La legittimità dell'art. 47, co. 2 o.p. è stata contestata, in quanto introdurrebbe una deroga al principio del finalismo rieducativo della pena.²³ La questione di legittimità è stata sollevata dalla sezione di sorveglianza di Bologna, nel prendere in esame un'istanza di affidamento in prova, con ordinanza emessa il 9 dicembre 1976. “Non è stata ritenuta fondata, in riferimento all'art. 3 e 27, Cost., la questione di legittimità costituzionale di tutte le norme della legge n. 354 del 1975 che limitano l'applicabilità delle misure alternative alla detenzione nell'ipotesi in cui la condanna riguardi determinati reati, come rapina, estorsione e sequestro di persona a scopo di rapina o di estorsione. Si sostiene che tale esclusione implicherebbe una arbitraria disparità di trattamento ed una più gravosa emarginazione sociale degli interessati rispetto ai condannati per altri delitti, egualmente o maggiormente gravi, rendendo impossibile il conseguimento del fine rieducativo cui deve tendere l'espiazione di qualsiasi pena. Ma i lavori preparatori

²³ V. Grevi, *“Alternative alla detenzione e riforma penitenziaria”*, cit. pag. 89

dimostrano che il legislatore, rendendo inapplicabile ad una certa serie di delitti le misure alternative, ha inteso fronteggiare più efficacemente condotte criminose di particolare pericolosità, considerate tali per la loro frequenza e per i loro effetti di allarme sociale. Le scelte del legislatore, pur opinabili, non si prestano a venire censurate dalla Corte Costituzionale. La pena tende sì alla rieducazione del condannato, ma persegue anche la tutela del cittadino e dell'ordine giuridico contro la delinquenza. E poiché, dopo l'abrogazione dell'ultimo comma dell'art. 54 della l. n. 354, di cui alla legge n. 1 del 1977, la liberazione anticipata può essere concessa a tutti i condannati a pena detentiva, operando l'esclusione solo rispetto all'affidamento in prova e alla semilibertà, ne risulta confortata l'esclusione del contrasto con l'art. 27, comma 3, Cost. La Corte Costituzionale dichiara quindi non fondata la questione di legittimità costituzionale degli artt. 47, comma 2, e 48, ultimo comma, della l. n. 354 del 1975, nella parte riguardante i delitti di rapina, rapina aggravata, estorsione, estorsione aggravata, sequestro di persona a scopo di rapina o di estorsione, sollevata dalla sezione di sorveglianza di Bologna, i riferimento agli artt. 3, commi 1 e 2, e 27, comma 3, Cost.”²⁴

Giudizio di legittimità è stato sollevato anche dalla Sezione di Sorveglianza presso la Corte d'appelli di Roma, con ordinanza emessa il 23 luglio 1982, nel procedimento di ammissione al regime di semilibertà in caso di rapina aggravata. La questione è stata quindi

²⁴ Corte Cost. Sent. n. 107/ 1980, in *“Giurisprudenza Costituzionale”*, 1980 pag. 1001-1002

sollevata in relazione all'art. 48, comma 3. "Nella parte in cui esso esclude la concessione della semilibertà per taluni delitti, tra cui appunto la rapina aggravata, la norma impugnata contrasterebbe con l'art.3 Cost. La questione è stata proposta sulla base di tre ragioni che l'ordinanza considera tali da inficiare il fondamento giustificativo della norma impugnata, in contrasto con il principio costituzionale d'uguaglianza. In primo luogo, la possibilità che anche i condannati per rapina aggravata vengano assegnati al lavoro all'esterno dimostrerebbe quanto sia irragionevole escluderli a priori dalla concessione della semilibertà. In secondo luogo, sarebbe poco ragionevole che i detenuti per il solo reato di rapina aggravata risultino svantaggiati, circa il momento a partire dal quale può aversi la semilibertà, nei confronti di soggetti condannati per reati più gravi. In terzo luogo sarebbe arbitrario che il legislatore abbia preso in considerazione delitti come la rapina, rapina aggravata, estorsione, estorsione aggravata, sequestro di persona a scopo di rapina o di estorsione, trascurando di estendere il divieto a reati come la strage o il sequestro di persona a scopo di terrorismo e di eversione.

La Corte Costituzionale ha ritenuto non fondata, in riferimento all'art. 3 Cost., la questione di legittimità costituzionale dell'art. 48, comma 3, sollevata dalla Sezione di Sorveglianza presso la Corte d'appello di Roma. La motivazione è dovuta al fatto che, una volta ammesso che sia consentito al legislatore di stabilire un collegamento tra gravità del reato commesso e il tipo di trattamento penitenziario, esclusioni di per sé

giustificate non possono dirsi illegittime solo per il fatto che nella relativa elencazione non siano state inserite altre ipotesi.”²⁵

4. Legge n. 663 del 1986: la “riforma della riforma”.

Con la legge 10 ottobre 1986, n. 663, il Parlamento ha compiuto la prima organica modifica dell’ordinamento penitenziario istituito nel 1975. Con tale intervento, il legislatore ha aggiornato e razionalizzato la disciplina, conformandola alle varie esigenze emerse durante sua applicazione e accentuando la valenza giurisdizionale della magistratura di sorveglianza. Uno dei motivi che hanno portato a questa riforma è l’esigenza di superare una particolare situazione venutasi a creare all’interno del carcere, in seguito all’esplosione di un nuovo tipo di criminalità organizzata. Di fronte a ciò la c.d. legislazione dell’emergenza del 1975 ha cercato di reprimere la criminalità con il ricorso indiscriminato alla pena detentiva. Ne deriva un sistema penitenziario particolarmente inquinato.²⁶

²⁵ Corte Cost. Sent. n. 39/1984, in *“Giurisprudenza costituzionale”*, 1984 pag.100-105

²⁶ P. Comucci, *La riforma penitenziaria del 1986*, in *“Nuovi profili del trattamento penitenziario”*, Milano 1988, pag. 14.16

Tale novella costituisce quindi un segnale di tempi nuovi, poiché riapre quella prospettiva che la legge penitenziaria del 1975 aveva frettolosamente chiuso, a causa dell'urgenza causata dai fenomeni di criminalità.²⁷

Altro motivo che ha indirizzato il legislatore verso questa nuova riforma, è costituito dall'esigenza di sfoltire la popolazione detenuta che, proprio a seguito delle leggi d'emergenza, ha subito livelli esorbitanti.

La legge del 1975, quindi, non è stata in grado di offrire soluzioni idonee al problema. Innanzitutto perché la maggior parte dei detenuti sono imputati che non possono usufruire degli strumenti alternativi al trattamento. In secondo luogo perché, anche nel caso in cui le misure alternative potrebbero trovare applicazione, esse vengono usate in modo molto moderato. E questo perché c'è molta diffidenza nel concedere la libertà che invece la criminalità richiederebbe di reprimere.²⁸

Per quanto riguarda la differenza ideologica tra la legge del 1975 e la nuova novella del 1986, possiamo accennare che la prima è fondata su una realtà istituzionale inadeguata a livello "endo-carcerario", al contrario la seconda è prima di tutto "extra-carceraria", attenuando appunto il ricorso al trattamento del detenuto in libertà.²⁹ Alla base di

²⁷ Francesco C. Palazzo, *La riforma penitenziaria del 1986, contenuto, scopi e prospettive di un ulteriore provvedimento di decarcerazione*, in "Politica del diritto", 1988, pag. 226

²⁸ P. Comucci, *La riforma penitenziaria del 1986*, in "Nuovi profili del trattamento penitenziario", cit. pag. 18-20

²⁹ L. Daga, *Prime osservazioni sulla applicazione della legge n. 663/1986*, in "Questione giustizia", 1987, pag. 626

tale novella si ha una filosofia che vede in qualsiasi forma extra-muraria una ipotesi migliore del carcere, poiché nel carcere non si può rieducare. In altre parole, tale riforma esprime un'altissima tolleranza sociale verso la devianza e realizza un ulteriore passo in avanti verso la de-istituzionalizzazione del carcere. Essa ci chiama a lasciarci alle spalle quella che possiamo chiamare "tolleranza-abbandono" andando piuttosto incontro alla "tolleranza-disponibilità"³⁰

4.1 La de-istituzionalizzazione: il carcere come *extrema ratio*.

La nuova politica dell'intervento da parte del legislatore, mediante la nuova legge Gozzini, è caratterizzata per la sua notevole *decarcerizzazione* e per l'accettazione di una soglia più alta di tolleranza sociale. Come abbiamo visto poc'anzi, nella nostra società abbiamo un tipo di tolleranza-abbandono, vale a dire un tipo di tolleranza che resta indifferente alle situazioni di delinquenza. Il tipo di tolleranza a cui si pensa con questa nuova riforma è quella dell'intervento, nel senso di non abbandonare certe situazioni ma intervenire sulle stesse.³¹

³⁰ E. Fassone, *Luci ed ombre della Legge Gozzini*, in "Questione giustizia", 1987, cit. pag. 651

³¹ S. Margara, *La modifica della legge penitenziaria: una scommessa per il carcere, una scommessa contro il carcere*, in "Questione giustizia", 1986, pag. 542

Con la legge n. 663/1986 il legislatore vuole rimodellare alcuni aspetti del trattamento penitenziario, in chiave di ordine e sicurezza. Si assiste ad un rilancio delle misure alternative, attraverso tre direttrici: mediante ipotesi di accesso ad esse senza dover prima trascorrere del tempo in carcere, l'ampliamento dei presupposti per usufruire delle misure stesse, ed infine, l'introduzione di misure nuove. Quanto detto spiega il significato del termine "decarcerazione", che costituisce quindi la volontà di considerare la pena detentiva come *extrema ratio*, come fuga dal carcere.³²

In altre parole, la riforma del 1986, partendo dal presupposto che pena detentiva e rieducazione sono difficilmente conciliabili, ha operato la sua scelta in favore della decarcerizzazione.³³ Un esempio possiamo trovarlo nella concedibilità delle misure alternative "dall'esterno", rinunciando quindi all'osservazione intramuraria sostituendola con altri elementi di valutazione. Questo tipo di premialità consente, attraverso l'incentivazione, il perseguimento di valori costituzionalmente rilevanti.³⁴ Si fa così dirompente la tendenza a proiettare all'esterno dell'istituzione le istanze di rieducazione. Come abbiamo detto vengono ampliate le opportunità di concessione delle misure alternative alla detenzione, e mentre da un lato ne viene consentita la concessione anche

³² V. Fanchiotti, *Le misure alternative*, in "La criminalità in Italia", 1992, cit. pag. 241

³³ F. Della Casa, *Esecuzione della pena e giudice di sorveglianza: modulazione del trattamento tra premialità e rigore*, in "Politica del diritto", 1998, pag. 11

³⁴ F. Della Casa, *Esecuzione della pena e giudice di sorveglianza: modulazione del trattamento tra premialità e rigore*, in "Politica del diritto", cit. pag. 5

prima dell'ingresso in carcere per i condannati a pene medio-brevi, dall'altro vengono favoriti i contatti con il mondo esterno anche nei casi in cui sarebbe previsto un periodo iniziale di trattamento intramurario. Il fatto che con la nuova novella non si siano riproposte le stesse preclusioni, ha ampliato ancora di più la categoria dei destinatari delle misure alternative. In questo sistema e nelle opportunità offerte da esso a qualsiasi condannato, a prescindere dal reato commesso e dalla pena irrogata, si individuano le basi di un "carcere della speranza". L'accesso più facilitato alle misure e la creazione di alcune di esse nuove, condiziona il comportamento del detenuto dentro le mura, nella speranza di poter usufruire del trattamento in libertà.³⁵ Il fatto che sia adesso più semplice ottenere una misura alternativa e che esse sia sempre più vantaggiosa, può rendere conveniente al reo l'acquisizione dello status di detenuto definitivo per poter così usufruire al più presto dei benefici.³⁶

La legge Gozzini del 1986 rappresenta il momento di massima estensione dell'evoluzione iniziata nel 1975. È probabilmente una delle riforme più importanti nel settore del diritto penale sostanziale.³⁷

³⁵ P. Comucci, *Lo sviluppo delle politiche penitenziarie dall'ordinamento del 1975 ai provvedimenti per la lotta alla criminalità organizzata*, in *"Criminalità organizzata e politiche penitenziarie"*, cit. pag. 21-25

³⁶ F. C. Palazzo, *La riforma penitenziaria del 1986: contenuto, scopi e prospettive di un ulteriore provvedimento di decarcerazione*, in *"Politica del diritto"*; cit. pag. 238

³⁷ F. C. Palazzo, *La riforma penitenziaria del 1986: contenuto, scopi e prospettive di un ulteriore provvedimento di decarcerazione*, in *"Politica del diritto"*, cit. pag. 225

4.2. L'abolizione delle "clausole di esclusione".

Considerando il rapporto tra la legge del 1975 e la nuova novella del 1986, si nota come nella prima la rieducazione veniva applicata ben poco, data la bassa applicazione delle misure alternative a causa dell'emergenza. Al contrario, con la nuova novella si tende ad ampliare l'accesso ad esse ed a crearne delle nuove.

La nuova disciplina ha eliminato le ipotesi di esclusione dalle misure alternative: Le condizioni di ammissione alle misure alternative sono state allargate sulla base del fatto che gli strumenti per aiutare la riabilitazione del condannato devono valere per tutti, qualsiasi sia il reato commesso.³⁸ La nuova novella costituisce per molti la vera rivoluzione, tendente alla "diminuzione dell'Input alle carceri e favorevole piuttosto all'Output." Il legislatore del 1986 fa una scelta coraggiosa nel condurre un'operazione di decarcerizzazione in un momento in cui la criminalità non accenna a sparire.³⁹

Un intervento significativo è dato dalla legge 12 gennaio 1977, n.1 che ha concesso l'accesso alle misure alternative per i soggetti dichiarati recidivi specifici, cosa preclusa dalla legge del 1975.

³⁸ S. Margara, *La modifica della legge penitenziaria: una scommessa per il carcere, una scommessa contro il carcere*, in "Questione giustizia", cit. pag. 521

³⁹ L. Daga, *Prime osservazioni sulla applicazione della legge n. 663/1986*, in "Questione giustizia", cit. pag.626

Per quanto riguarda la misura dell'affidamento in prova al servizio sociale, la legge n. 663 del 1986, al suo art. 11, ne ha ampliato l'ambito di operatività. Nell'ordinamento penitenziario del 1975 la misura dell'affidamento in prova era applicabile a pene detentive non superiori a due anni e sei mesi ovvero tre anni se si trattava di persona di età inferiore agli anni ventuno o di persona di età superiore agli anni settanta. La nuova novella del 1986 eleva fino a tre anni l'entità della pena espiabile in affidamento e fare inoltre cadere ogni distinzione tra categorie di soggetti, distinzione giustificata dall'atteggiamento di favore che il legislatore ha sempre manifestato verso i minori e gli anziani. L'innalzamento del limite edittale è giustificato dalla volontà di allargare la fascia dei destinatari, risultando evidente che quello indicato rappresenti la soglia di pericolosità oltre la quale la misura non può essere concessa.⁴⁰ La misura in questione potrà essere concessa anche quando la pena in esecuzione supera notevolmente i tre anni.⁴¹ L'affidamento in prova al servizio sociale è espressione massima della nuova politica rappresentata dal ripensamento che il legislatore ha avuto. La nuova disciplina ne ha esaltato il carattere premiale rieducativo.⁴²

Altro provvedimento è stato quello adottato dalla legge n. 297 del 1985, che ha contribuito a ridurre il periodo minimo di osservazione in istituto.

⁴⁰ L. Cesaris, sub. Art. 11, in *"Legislazione penale"*, 1987, pag. 149

⁴¹ Corte Cost. Sent. n. 386/1989

⁴² P. Comucci, *Il trattamento extra-carcerario dei condannati a pene detentive medio-brevi*, in *"Nuovi profili del trattamento penitenziario"*, cit. pag. 46

L'affidamento in prova tradizionale prevede un periodo minimo di osservazione pari a tre mesi, osservazione cui l'esito positivo avrebbe provocato l'estinzione del reato. La riduzione di tale periodo minimo segna ancor di più il distacco dall'esperienza carceraria del detenuto. Adesso il detenuto è sottoposto ad un periodo minimo di osservazione pari ad un mese.

È prevista inoltre la possibilità di concedere la misura senza aver trascorso alcun periodo di osservazione in carcere, concessione *ab initio*, nell'ipotesi in cui il soggetto abbia scontato un periodo di libertà in custodia cautelare durante il processo, durante il quale abbia tenuto un comportamento tale da poter meritare la fruizione della misura alternativa.⁴³ Secondo il vigente art. 47, comma 3, o.p., infatti, "l'affidamento in prova al servizio sociale può essere disposto senza procedere alla osservazione in istituto quando il condannato, dopo un periodo di custodia cautelare, ha goduto di un periodo di libertà serbando comportamento tale da consentire il giudizio di cui al comma 2", vale a dire il giudizio che ritiene il "provvedimento idoneo a contribuire alla rieducazione del reo e alla prevenzione del pericolo che egli commetta altri reati". Inoltre, nel caso di revoca dell'affidamento in prova, la quantità di pena da espiare sarà determinata dal giudice di sorveglianza

⁴³ V. Fanchiotti, *Le misure alternative*, in "La criminalità in Italia", cit. pag. 242

in base a parametri elastici⁴⁴ e viene generalizzata la possibilità di accedere alla misura senza alcun assaggio di carcere.⁴⁵

È stato inoltre modificato il comma 1, art. 47 o.p. nella parte in cui escludeva la concessione della misura a soggetti sottoposti a misure di sicurezza. Adesso la preclusione rivolta alla sottoposizione a misura di sicurezza detentiva è stata abrogata.

Cosa più rilevante in quest'ambito è l'abrogazione di quelle ipotesi di esclusione all'accesso della misura alternativa. Sto parlando della preclusione dettata per i c.d. "reati ostativi", stabilita dal legislatore del 1975. La limitazione preesistente, riguardante il divieto di concedere la misura in presenza di una certa categoria di reati, rispondeva alle esigenze di adeguamento ad un certo tipo di politica criminale, ma si poneva in contrasto con la funzione rieducativa della pena. I reati esclusi dalla concessione di ogni misura alternativa sono la rapina, rapina aggravata, estorsione, estorsione aggravata, sequestro di persona a scopo di rapina o di estorsione.⁴⁶ L'abolizione di tale preclusione segna il superamento dell'atteggiamento degli anni '70 dovuto da esigenze contingenti. Invece di selezionare certi reati come espressivi di allarme sociale, il legislatore del 1986 ha preferito eliminare qualsiasi esclusione.⁴⁷ È stato quindi abrogato il vecchio comma 2 dell'art. 47 o.p.

⁴⁴ Corte Cost. Sent. n. 343/198

⁴⁵ Corte Cost. Sent. n. 569/1989

⁴⁶ P. Comucci, *Il trattamento extracarcerario dei condannati a pene detentive medio-brevi*, in *"Nuovi profili del trattamento penitenziario"*, cit. pag. 49

⁴⁷ L. Cesaris, sub. Art.11, in *"Legislazione penale"*, cit. pag. 151

È stata altresì abolita la preclusione relativa al condannato detenuto che avesse commesso delitti della stessa indole. Quindi tale divieto di accesso alla misura alternativa non adopera più per i soggetti dichiarati recidivi specifici. Ma questo, come ho accennato precedentemente, è stato attuato ben prima, dalla legge del 12 gennaio 1977, n. 1.

L'art. 14 della nuova legge Gozzini è andato a sostituire l'art. 50 della legge n. 354 del 1975, inerente alla semilibertà. La nuova formulazione dell'articolo riguardante la semilibertà ne rende più ampia l'applicazione. Innanzitutto per i condannati all'arresto o alla reclusione non superiore a sei mesi, può venire concessa la semilibertà senza aver prima scontato alcun periodo di detenzione, quindi *ab initio*, se il condannato ha dimostrato la propria volontà di reinserimento nella vita sociale, rendendo così la misura una vera alternativa alla detenzione, escludendo dai presupposti per la concessione della misura i progressi raggiunti nel corso del trattamento inframurario. Prima si poteva concedere la misura solo dopo l'inizio dell'esecuzione, ma adesso l'organo giudicante può evitare il passaggio dal carcere a coloro che propongono istanza di semilibertà prima che l'ordine di esecuzione sia stato eseguito. La valutazione positiva dipenderà del comportamento positivo del reo.⁴⁸

⁴⁸ P. Comucci, *Il trattamento extracarcerario dei condannati a pene detentive medio-brevi*, in "Nuovi profili del trattamento penitenziario", cit. pag. 68

Inoltre, cosa importante, viene concessa la misura anche all'ergastolano, cosa prima non possibile. Adesso, egli può accedere dopo l'espiazione di almeno venti anni di pena.⁴⁹ La pena perpetua così va nella direzione voluta dalla Costituzione, grazie al comma 5 dell'art 50 che toglie la rigidità previgente alla pena dell'ergastolo, fissando in vent'anni la pena da dover espiare prima che il soggetto possa essere ammesso alla semilibertà.⁵⁰

Per le condanne non superiori a tre anni, adesso, la concedibilità della misura è possibile anche prima dell'espiazione di metà della pena.⁵¹

Come per l'affidamento in prova al servizio sociale, fondamentale è stata l'eliminazione delle preclusioni inerenti all'accesso ad essa dovute al titolo di reato. È stato abrogato infatti il comma 3 dell'art. 48, che estendeva tali preclusioni ai reati "ostativi" di rapina, rapina aggravata, estorsione, estorsione aggravata, sequestro di persona a scopo di rapina o di estorsione. Tali reati erano gli stessi che, nella disciplina previgente, impedivano l'accesso all'affidamento in prova al servizio sociale, quindi come già accennato, si tratta di rapina, rapina aggravata, estorsione, estorsione aggravata, sequestro di persona a scopo di rapina o di estorsione.

⁴⁹ V. Fanchiotti, *Le misure alternative*, in *"La criminalità in Italia"*, cit. pag. 243

⁵⁰ A. Presutti, sub. Art. 14, in *"Legislazione penale"*, cit. pag. 176

⁵¹ E. Fassone, *Luci ed ombre della legge Gozzini*, in *"Questione giustizia"*, cit. pag. 659

Come nel caso dell'affidamento in prova, la preclusione per il soggetto dichiarato recidivo era già stata eliminata dalla legge n.1 del 1977.

Per quanto riguarda la liberazione anticipata, ho accennato i precedenti che l'abolizione delle preclusioni riguardanti i reati ostativi era già avvenuta nel 1977, con la legge n. 1, che abrogò l'ultimo comma dell'art. 54 permettendo così la concessione della misura anche ai soggetti condannati per i reati di rapina ed estorsione, semplici o aggravate, e sequestro di persona a scopo di rapina o di estorsione. Questo quindi è accaduto prima rispetto a quanto è successo per le altre misure alternative, quali l'affidamento in prova e la semilibertà, per le quali abbiamo dovuto attendere la nuova novella del 1986.

L'art. 18 della legge n. 663/1986 ha sostituito l'art. 54 della legge n. 354 del 1975, portando delle innovazioni. La novità più rilevante è stato l'aumento della quantità di pena riducibile. Per ciascun semestre di carcerazione oggi sono detraibili non più venti giorni ma quarantacinque, aumento che permette un'incentivazione maggiore. Inoltre, è cambiata l'espressione da "può essere concessa" a "è concessa". Questo ci fa capire che da istituto facoltativo è diventato un istituto obbligatorio. Adesso l'ultima parte del comma 1 dell'art. 54 esplicita che, "ai fini della riduzione, è valutato anche il periodo trascorso in stato di custodia cautelare o di detenzione domiciliare".

Ultima innovazione è la concedibilità della liberazione anticipata anche agli ergastolani.⁵²

4.3. La nascita di nuovi benefici penitenziari.

Sempre con una politica volta alla decarcerizzazione, il legislatore, attraverso la nuova disciplina degli anni '80, oltre ad ampliare le possibilità di accesso alle misure alternative, ne introduce delle nuove. Tra queste, l'affidamento in prova in casi particolari, di cui all'art. 47 bis o. p. Tale misura è stata introdotta dal decreto legge n. 144 del 1985, convertito e modificato poi dalla stessa legge che si occupò di ridurre il periodo minimo di osservazione per l'affidamento in prova di cui all'art. 47, la legge n. 297 del 1985. L'affidamento in prova in casi particolari è disciplinato dall'art. 12 della l. 663/1986. Secondo detto articolo, "la misura viene applicata alla pena inflitta entro il limite di cui al comma 1 dell'art 47, pari a tre anni, e dev'essere eseguita nei confronti di persona tossicodipendente o alcooldipendente che abbia in corso un programma di recupero o che ad esso intenda sottoporsi. L'interessato

⁵² G. Fiandaca, sub art. 18, in *"Legislazione penale"*, cit. pag. 198

può chiedere in qualsiasi momento di essere affidato in prova al servizio sociale per proseguire o intraprendere l'attività terapeutica".⁵³

Nuovo beneficio introdotto dalla legge n. 663 del 1986 sono i permessi premio, art. 30 ter legge n. 354/1975, aggiunto dall'art. 9 della nuova novella del 1986. Essi vengono concessi ai condannati che hanno tenuto regolare condotta, nel senso che hanno manifestato costante senso di responsabilità e correttezza nel loro comportamento durante la detenzione. Essi sono concessi dal magistrato di sorveglianza, sentito il direttore dell'istituto. La durata dei permessi dev'essere non superiore a quindici giorni per volta, e consentono al detenuto di coltivare i propri interessi personali, culturali o di lavoro. In un anno di espiazione la loro durata non può superare complessivamente i quarantacinque giorni. Per quanto riguarda i minorenni, il permesso non può superare i venti giorni per volta e i sessanta in ogni anno di espiazione. Come condizione per la concessione di tali permessi premio è stabilita la pena all'arresto o alla reclusione non superiore a tre anni, ovvero reclusione superiore a tre anni ma quando sia già stata espiaato almeno un quarto di pena, ovvero dieci anni in caso di ergastolo.⁵⁴

Ultimo istituto nuovo introdotto *ex novo* dalla novella del 1986 nell'ordinamento penitenziario è la detenzione domiciliare, art. 47 ter o.p., inserita nell'ordinamento penitenziario dall'art. 13 della legge n.

⁵³ Sub art. 12, in "Legislazione penale", cit. pag.158

⁵⁴ Sub. Art. 9, in "Legislazione penale", cit. pag. 135

663/1986. La misura permette di espiare in luogo extracarcerario, quale l'abitazione, altro luogo di privata dimora o luogo di cura o assistenza, la pena della reclusione non superiore a due anni, anche se si tratta di residuo di pena maggiore, o la pena dell'arresto qualunque ne sia l'entità.⁵⁵ Le condizioni di legge per concedere la detenzione domiciliare indicano come possibili soggetti destinatari la persona incinta, malata, anziana e infraventunenne.⁵⁶ Tale concedibilità a persona malata, incinta e anziana fa parte di tre situazioni a sfondo umanitario. Quella invece riferita all'infraventunenne riguarda situazioni di tipo special-preventivo. Per tutte queste situazioni sono previsti interventi del servizio sociale.⁵⁷ La ratio dell'istituto di cui all'art. 47 ter è dunque di carattere umanitario, conformandosi bene all'art. 27, comma 3, Cost. e all'art. 1 o.p., secondo cui il trattamento penitenziario dev'essere conforme ad umanità e assicurare il rispetto della dignità umana.⁵⁸

Alla luce di ciò capiamo perché la Legge Gozzini n. 663/1986 è una "riforma della riforma". Cosa più importante è stata quella di ampliare l'accesso alle misure alternative previste dall'ordinamento penitenziario del 1975, eliminando le rispettive preclusioni dovute all'allarme sociale

⁵⁵ P. Comucci, *Il trattamento extracarcerario dei condannati a pene detentive medio-brevi*, in *"Nuovi profili del trattamento penitenziario"*, cit. pag. 86-87

⁵⁶ E. Fassone, T. Basile, G. Tuccillo, *Le misure alternative alla detenzione*, in *"La riforma penitenziaria" 1987*, pag. 65

⁵⁷ E. Fassone, *Luci ed ombre della legge Gozzini*, in *"Questione giustizia"*, cit. pag. 659

⁵⁸ P. Comucci, *Il trattamento extracarcerario dei condannati a pene detentive medio-brevi*, in *"Nuovi profili del trattamento penitenziario"*, cit. pag. 88-90

derivante dal fenomeno sempre più dirompente della criminalità organizzata, ampliando così quei margini di discrezionalità del giudice di sorveglianza. In più ha allargato l'orizzonte, introducendo benefici nuovi. Come vedremo però, la legislazione degli anni '90 effettuerà una nuova inversione di tendenza.

CAPITOLO 2

LA CONTRORIFORMA PENITENZIARIA

Sommario: **1.** La legislazione penitenziaria degli anni novanta e la lotta alla criminalità organizzata: uno sguardo agli entusiasmi iniziali della Legge Gozzini e alla sua successiva “demonizzazione”; **2.** Inasprimento della normativa sui permessi premio e introduzione dell’art. 4-bis o.p., uno dei capisaldi della legislazione d’emergenza; **3.** “Divieto di concessione di benefici”: Art. 58-quater dell’ordinamento penitenziario; **4.** Concessione dei permessi premio ai recidivi; **4.1.** Eliminazione di alcuni automatismi carcerari a carico dei recidivi reiterati.

1. La legislazione penitenziaria degli anni novanta e la lotta alla criminalità organizzata: Uno sguardo agli entusiasmi iniziali della Legge Gozzini e alla sua successiva “demonizzazione”.

Le prospettive della novella del 1986, legge n. 306, vengono inizialmente guardate con estremo favore. Si ha un carcere meno segregante, si ha l’introduzione dei permessi premio, ma, più in

generale, una de-istituzionalizzazione del carcere realizzata attraverso l'ampliamento delle misure alternative alla detenzione. Già subito dopo l'approvazione della suddetta legge, però, si sono percepite da una parte della dottrina, delle perplessità. L'abolizione dei reati "ostativi" avrebbe richiesto una più ricca dotazione di strumenti conoscitivi in capo alla magistratura di sorveglianza. La preoccupazione era quella di una decarcerizzazione fine a se stessa, attuata senza il supporto di adeguati riscontri sul versante rieducativo. Nonostante ciò, l'ordinamento penitenziario rinnovato sembra essere stato in grado, almeno per un periodo di tempo, di dimostrare che le risposte al rinnovamento erano fondate. A dimostrazione del fatto che la riforma funziona, si è rilevato che la popolazione detenuta, negli anni successivi alla riforma del 1986, è diminuita da 40.000 unità a 26.000 presenze, record raggiunto nel 1990. E anche per quanto riguarda i permessi premio concessi emerge che, a partire dalla loro introduzione grazie alla nuova legge Gozzini, di fronte a più di 30.000 provvedimenti di concessione, i casi di mancato rientro sono stati inferiori all'1%.⁵⁹

Questo quadro di partenza, inizialmente incoraggiante, ha subito una deteriorazione nel corso degli anni novanta, a causa della sfasatura che si è creata tra la pena irrogata e quella che effettivamente veniva ad essere espiata in carcere. Altra causa dell'intervento restrittivo è l'ampia

⁵⁹ F. Della Casa, *Le recenti modificazioni dell'ordinamento penitenziario: dagli ideali smarriti della "scommessa" anticustodialistica agli insidiosi pragmatismi del "doppio binario"*, in *"L'ordinamento penitenziario tra riforme ed emergenza"*, Padova 1994, a cura di V. Grevi, pag. 73-79

discrezionalità della magistratura di sorveglianza che, per la mancanza di preclusioni legali che permettevano di escludere un accesso generalizzato a forme di trattamento extra-carcerario, ha reso possibile il ritorno in società di condannati ad alto indice di pericolosità. Il problema di fondo è stata l'eccessiva premialità, apparsa inoltre come ingiustificata. Le critiche alla decarcerizzazione si basano soprattutto su preoccupazioni di difesa sociale e vedono, come via d'uscita, una riaffermazione di una funzione retributiva della pena, recuperando rigidità nella fase esecutiva. Questo tipo di intervento si ha in un periodo in cui il fenomeno della criminalità organizzata si manifesta in modo acuto, tant'è che ci sono stati casi in cui condannati per certi delitti di criminalità organizzata, dopo aver ottenuto la concessione di un beneficio, hanno approfittato della situazione per commetterne di nuovi. Ecco che l'intervento legislativo degli anni novanta sulla disciplina del 1986 è stata una soluzione "obbligata".⁶⁰

La nuova ondata di criminalità degli anni '90 è la chiara prova che la politica penitenziaria fino ad ora attuata sembra essere sbagliata. L'aver concesso un'ampia applicazione delle misure alternative sembra che non abbia prodotto che altra criminalità. La disciplina volta al recupero sociale di soggetti condannati per reati di delinquenza individuale sembra inadeguata a realizzare il controllo di criminali ad alta

⁶⁰ F. Della Casa, *Le recenti modificazioni dell'ordinamento penitenziario: dagli ideali smarriti della "scommessa" anticustodialistica agli insidiosi pragmatismi del "doppio binario"*, in *"L'ordinamento penitenziario tra riforme ed emergenza"*, cit. pag. 80-83

pericolosità, facenti parti di organizzazioni stabili. Si nota inoltre che situazioni tanto diverse non possono essere gestite con gli stessi strumenti normativi e che norme troppo permissive possono dar vita al godimento di immotivato di benefici penitenziari incompatibili con la pericolosità degli autori di reati gravi. Questo pone la necessità di diversificare il trattamento.⁶¹

Il trattamento penitenziario ispirato al principio di individualizzazione viene soppiantato con un regime più rigido, soprattutto nei confronti di una certa categoria di soggetti, essendo recepita una sorta di pericolosità presunta e una inadeguatezza rispetto agli strumenti di rieducazione. Il sistema con cui si rispondeva ai particolari bisogni della personalità di ciascun soggetto, viene sovvertito dal sistema del “doppio binario”.⁶² Con la nozione *doppio binario* si intende un trattamento diversificato che contrappone da una parte i condannati ordinari, vale a dire i detenuti comuni, verso i quali la pena continua a svolgere una funzione special-preventiva mediante un trattamento penitenziario ed extra-murario tendente alla risocializzazione; dall'altra, i detenuti per delitti di maggiore allarme sociale, per i quali si tende a rafforzare la prevenzione generale.⁶³

⁶¹ P. Comucci, *Lo sviluppo delle politiche penitenziarie dall'ordinamento del 1975 ai provvedimenti per la lotta alla criminalità organizzata*, in *“Criminalità organizzata e politiche penitenziarie”*, cit. pag. 32-34

⁶² C. Maria Francesca, *Le misure di contrasto alla criminalità organizzata nel pacchetto sicurezza*, in *“Diritto penale e processo”*, 2009, pag. 1069

⁶³ M. Adriano, *Il penitenziario di massima sicurezza nella lotta alla criminalità organizzata*, in *“Diritto penale e processo”*, 2004, pag. 749

Si parla di “controriforma” per il netto contrasto che si viene a creare con le disposizioni e le linee di trattamento risocializzativo individualizzato. I provvedimenti che mi interessa qui citare sono la legge n. 55 del 1990, il decreto legge n. 152 del 1991, convertito nella legge n. 203/1991 e il decreto legge n. 306 del 1992, convertito nella legge n. 356/1992. La legge n. 55 del 1990, come dirò in seguito, si occupa di inasprire la normativa sui permessi premio, strumenti introdotti dalla novella del 1986.

La legge n. 203 del 1991 stabilisce non tanto preclusioni, ma limiti più rigorosi alla concedibilità delle offerte risocializzative.⁶⁴ Essa, recante “Provvedimenti urgenti in tema di lotta alla criminalità organizzata”, ha introdotto nell’ordinamento penitenziario uno tra i capisaldi della legislazione emergenziale e del doppio binario, sto parlando dell’art 4 bis dell’ordinamento penitenziario. In questo primo intervento l’effetto che impediva l’accesso ai benefici penitenziari derivava dal fatto che non ci fossero elementi tali da escludere l’attualità di collegamenti con la criminalità organizzata.⁶⁵ Si è voluto configurare una sorta di abbattimento della pena per l’imputato di “reati di mafia” che collabori con la giustizia e prospettare così un trattamento sanzionatorio

⁶⁴ A. Presutti, *Alternative al carcere, regime delle preclusioni e sistema della pena costituzionale*, in “*Criminalità organizzata e politiche penitenziarie*”, cit. pag. 81

⁶⁵ F. De Minicis, *Ergastolo ostativo: un automatismo da rimuovere*, in “*Diritto penale e processo*”, 2014, pag. 1269

favorevole a chi fornisca il proprio contributo alla ricostruzione dei fatti e all'individualizzazione o cattura degli autori dei reati.⁶⁶

Detta legge viene successivamente modificata con l'intervento del decreto legge n. 306 del 1992, emanato dal Governo e convertito nella legge n. 356 del 1992. Essa ha rimodellato l'art. 4 bis, con l'intento di sfruttare le potenzialità incentivanti di agevolazioni collegate ad atteggiamenti collaborativi. Così la collaborazione, da essere utile a rimuovere un ingiustificato rigore, diventa l'unica condizione idonea a superare il divieto di accesso ai benefici.⁶⁷

In altre parole, con i suddetti interventi restrittivi degli anni '90 si individuano due categorie di reati, considerati sintomatici della criminalità organizzata, la condanna per i quali preclude o rende più difficile l'accesso alle misure alternative. Vengono enucleate due categorie, una comprendente i reati connessi ad associazione di tipo mafioso, al sequestro di persona a scopo di rapina o di estorsione ed associazione finalizzata al traffico di stupefacenti, delitti connessi alla criminalità organizzata di tipo mafioso. L'altra comprende delitti commessi per finalità di terrorismo o eversione, rapina o estorsione aggravata, omicidio, produzione e traffico di stupefacenti. I condannati alla prima categoria di reati potranno accedere ai benefici penitenziari

⁶⁶ A. Presutti, *Alternative al carcere, regime delle preclusioni e sistema della pena costituzionale*, in "La criminalità organizzata e politiche penitenziarie", cit. pag. 60

⁶⁷ A. Presutti, *Alternative al carcere, regime delle preclusioni e sistema della pena costituzionale*, in "Criminalità organizzata e politiche penitenziarie", cit. pag. 62

solo se “collaborano” con la giustizia. Gli altri dovranno dimostrare l’assenza di collegamenti con la criminalità eversiva o organizzata.⁶⁸ Alla legge del 1991, che è finalizzata quindi a rafforzare la lotta contro la criminalità organizzata, si aggiunge la comparsa dei collaboratori di giustizia e l’introduzione di specifiche attenuanti per i casi di dissociazione dalle organizzazioni mafiose. Alla massima afflizione della pena per delitti di criminalità organizzata fa riscontro una riduzione enorme per chi sceglie di dissociarsi. Quindi da una parte abbiamo un irrigidimento della legge riguardo le possibilità di accesso ai benefici, ma dall’altro avremo il mantenimento dello *status quo ante* per chi decide di collaborare.⁶⁹

In altre parole, la spinta emotiva che ha avuto il legislatore è dovuta ad episodi di criminalità che hanno provocato un certo allarme sociale, dando luogo così ad una normativa emergenziale che stravolge l’ordinamento penitenziario. Il legislatore vuole risolvere un problema di ordine e sicurezza collettiva, per cui il destinatario della nuova normativa non è più il detenuto che presenta sintomi di pericolosità penitenziaria, bensì un soggetto “socialmente pericoloso”. Viene per questo inasprito il trattamento di tali soggetti, limitando le possibilità di accedere ai benefici penitenziari ed esigendo termini di durata della pena

⁶⁸ V. Fanchiotti, *Le misure alternative*, in “La criminalità in Italia”, cit. pag. 244

⁶⁹ A. Bernasconi, *Le immunità occulte. Fase dell’esecuzione penale ed ideologia premiale tra razionalizzazione e garantismo*, in “Politica del diritto”, 1997, pag. 194

più lunghi.⁷⁰ Il binomio di rieducazione-benefici viene ad essere sostituito con la coppia “collaborazione-benefici”.

La disciplina del 1992 infatti, oltre ad individuare una fascia più ristretta all’interno degli autori di reato dei delitti di cui all’art 4 bis, prevede per tale fascia un divieto di concessione dei benefici superabile solamente con la collaborazione con la giustizia. La strategia anticriminalità ha quindi come base il potenziamento degli strumenti premiali a favore dei collaboratori di giustizia.⁷¹

2. Inasprimento della normativa sui permessi premio e introduzione dell’art. 4 bis o.p. , uno dei capisaldi della legislazione di emergenza.

Una delle prime tappe riformatrici è stata l’approvazione della legge n. 55/1990, recanti “Nuove disposizioni per la prevenzione della delinquenza di tipo mafioso e di altre gravi forme di manifestazione di

⁷⁰ P. Corso, *La sicurezza e la disciplina penitenziaria*, in “*Manuale della esecuzione penitenziaria*”, Bologna 2002, pag. 138

⁷¹ A. Bernasconi, *Le immunità occulte. Fase dell’esecuzione penale ed ideologia premiale tra razionalizzazione e garantismo*, in “*Politica del diritto*”, cit. pag. 195

pericolosità sociale”, il cui art. 13 introduce un comma nuovo all’art. 30 ter o.p., che appunto disciplina i permessi premio.

Sto parlando del comma 1 bis, nuovo comma che va ad incidere sulla misura che negli ultimi anni era stata all’origine di molte manifestazioni di allarme sociale dovute alla criminalità organizzata. Questo intervento che rende più limitativo il sistema penitenziario per i condannati ai reati più gravi, non vuole tornare al passato riesumando così i reati ostativi, ma vuole piuttosto introdurre un regime probatorio differenziato rispetto a quello previsto. Nel comma 1 bis, l’art. 30 ter o.p. stabilisce che, qualora la condanna in esecuzione sia stata pronunciata per il delitto di sequestro di persona a scopo di estorsione o per reati di criminalità organizzata, nonché reati commessi per finalità di terrorismo o di eversione dell’ordinamento costituzionale, ai fini della concessione del permesso premio, “devono essere acquisiti elementi tali da escludere la attualità di collegamenti con la criminalità organizzata”. Questa formula legislativa verrà in seguito riprodotta anche dalla legge n. 203 del 1991, ma con un ambito di operatività più ampio.

La prova negativa sull’esistenza di collegamenti con le organizzazioni criminali è la *condicio sine qua non* per la concessione dei permessi premio e altresì per la concessione delle altre misure alternative alla detenzione, quali l’affidamento in prova al servizio sociale, la semilibertà, la detenzione domiciliare e la liberazione anticipata. Altra novità è la previsione, ai fini della richiesta della prova, di un parere

motivato acquisito dal prefetto che dovrà essere espresso entro quindici giorni, previa consultazione del comitato per l'ordine e la sicurezza.⁷²

Come ho accennato poc'anzi la legge 203/1991 introduce uno dei capisaldi della legislazione di emergenza, l'art. 4 bis o.p., recante il "Divieto di concessione dei benefici e accertamento della pericolosità sociale dei condannati per taluni delitti" e inserito nel capo della legge penitenziaria dedicato ai "principi direttivi". La suddetta legge, facendo propria la filosofia dei reati ostativi utilizzata dal legislatore del 1975, si preoccupa di limitare l'ammissione ai permessi premio, al lavoro all'esterno e alle misure alternative ai condannati per determinati delitti, ritenuti di particolare allarme sociale e considerati espressione di appartenenza alla criminalità organizzata. I delitti per cui si presume maggiore pericolosità sociale sono suddivisi in due fasce, a cui corrisponde un duplice regime probatorio,⁷³ la prima delle quali tratta dei delitti commessi per finalità di terrorismo o eversione dell'ordinamento costituzionale, delitti commessi al fine di agevolare le associazioni mafiose, delitti di associazione a delinquere di tipo mafioso, sequestro di persona a scopo di estorsione, associazione a delinquere finalizzata a traffico illecito di stupefacenti, per i quali si è detto essere necessaria l'acquisizione di elementi che escludano

⁷² F. Della Casa, *Le recenti modificazioni dell'ordinamento penitenziario: dagli ideali smarriti della "scommessa" anticustodialistica agli insidiosi pragmatismi del "doppio binario"*, in *"L'ordinamento penitenziario tra riforme ed emergenza"* cit. pag. 84-89

⁷³ F. Della Casa, *Le recenti modificazioni dell'ordinamento penitenziario: dagli ideali smarriti della "scommessa" anticustodialistica agli insidiosi pragmatismi del "doppio binario"*, in *"L'ordinamento penitenziario tra riforme ed emergenza"*, cit. pag. 95

l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata o eversiva. Per quanto riguarda la seconda fascia, si citano i delitti di omicidio volontario, rapina aggravata, estorsione aggravata, e produzione e traffico di sostanza stupefacenti o psicotrope, la cui condizione per la concessione di un beneficio penitenziario è che non ci siano elementi che mostrino un collegamento con la criminalità.⁷⁴

Secondo l'articolo in questione "l'assegnazione al lavoro all'esterno, i permessi premio e le misure alternative alla detenzione, esclusa la liberazione anticipata, possono essere concessi ai detenuti e internati per certi delitti solo nei casi in cui essi collaborino con la giustizia a norma dell'art. 58 ter." Nel suo comma 1 bis, l'art. 4 bis indica come la concessione di tali benefici sia permessa "purché siano stati acquisiti elementi tali da escludere l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata e anche quando la limitata partecipazione al fatto o l'accertamento dei fatti rendono impossibile la collaborazione o essa risulti irrilevante da parte di coloro a cui siano riconosciute circostanze attenuanti". Al comma 1 ter si parla invece della mancanza di elementi tali da far ritenere un collegamento con la criminalità. Al comma 1 quater si tratta, invece, di reati come prostituzione minorile, pornografia virtuale, pornografia minorile, violenza sessuale, atti sessuali con minorenne o violenza sessuale di gruppo. Per tali delitti, commessi da *sex offenders*, è necessario un anno di osservazione scientifica della

⁷⁴ P. Corso, *La sicurezza e la disciplina penitenziaria*, in "Manuale della esecuzione penitenziaria", cit. pag. 140

personalità. Tale articolo quindi introduce un trattamento diversificato e di rigore, sul versante extra-murario, nei confronti di categorie di condannati selezionate in base al titolo di reato.

L'art 4 bis nasce come strumento specifico per contrastare il fenomeno della criminalità organizzata.⁷⁵ La norma si riferisce agli appartenenti alle organizzazioni criminali e, attraverso essa, lo Stato vuole subordinare le riduzioni di pena ai comportamenti dei soggetti che dimostrino di aver modificate le proprie scelte di vita, mediante il c.d. *pentitismo*. Se è vero che la pena deve tendere alla rieducazione del reo, è altrettanto vero che lo Stato deve difendersi ed evitare di premiare chi non mostri di aver rinnegato quei fatti e quelle condizioni che lo portano a delinquere. Inoltre, la valutazione della pericolosità dev'essere attuale, il che spiega la differenza con le preclusioni poste dal legislatore del 1975, quando erano ostativi alcuni titoli di reati, come la rapina. La modifica veniva a togliere efficacia ad un fatto storicamente superato, per cui la pericolosità viene ad essere valutata al momento della decisione e non per fatti pregressi.⁷⁶

Un ulteriore legge, la n. 38/2009, ha modificato l'impianto dell'art. 4 bis, allungando gli elenchi dei reati a cui riferire i percorsi differenziati. Il primo comma dell'art. 4 bis contiene reati più gravi, per cui l'accesso

⁷⁵ A. Della Bella, *Le modifiche in materia di ordinamento penitenziario*, in *"Emergenza carceri e sistema penale"*, Torino 2014, pag. 119

⁷⁶ L. Grilli, *Le misure alternative alla detenzione*, in *"I benefici penali e penitenziari"*, Milano 1994, pag. 151

ai benefici penitenziari è ancora condizionato alla collaborazione effettiva. La collaborazione quindi rimane l'unica soluzione per i condannati per i delitti di cui al comma 1 dell'articolo in esame. Collaborazione significa adoperarsi per evitare che l'attività delittuosa sia portata a conseguenze ulteriori e aiutare concretamente l'autorità giudiziaria o l'autorità di polizia a raccogliere elementi decisivi per la ricostruzione dei fatti e l'individuazione o cattura degli autori dei reati.⁷⁷ Ad essa è equiparata sia la collaborazione irrilevante in alcune ipotesi attenuate, sia quella impossibile. Per quanto riguarda il comma 1 bis, l'accesso alle misure resta subordinato alla sussistenza di elementi che escludano il collegamento con la criminalità, mentre per il comma 1 ter l'accesso è subordinato alla mancanza di tali elementi. Le novità introdotte riguardano il comma 1 quater e 1 quinquies, secondo cui i *sex offenders*, per poter accedere ai benefici, devono prima essere sottoposti all'osservazione scientifica della personalità per almeno un anno, indipendentemente da qualsiasi tipo di collaborazione.⁷⁸

Da prendere in considerazione è l'unico beneficio che può essere applicato ai condannati di cui all'art. 4 bis dell'ordinamento penitenziario. Sto parlando della liberazione anticipata. Essa venne esclusa dalle preclusioni per i reati ostativi già nel 1977, legge n. 1, al

⁷⁷ D. Manzone, *Una normativa d'emergenza per la lotta alla criminalità organizzata e la trasparenza e il buon andamento dell'attività amministrativa: uno sguardo d'insieme*, in "Legislazione penale", 1992, pag. 856

⁷⁸ L. Caraceni - C. Cesari, sub art. 4 bis, in "Ordinamento penitenziario commentato", G. Giostra, F. Della Casa, 2015, pag. 50

contrario delle altre misure alternative dell'affidamento in prova al servizio sociale e della semilibertà, che continuarono ad essere precluse ai condannati per i reati ostativi, fino al 1986. Questo è l'unico beneficio che può essere applicato agli appartenenti alla categoria di cui all'art. 4 bis e ciò sarà un argomento importante che la Corte Costituzionale utilizzerà per dimostrare la legittimità dell'art. 4 bis rispetto al principio di cui all'art. 27, comma 3, Cost.⁷⁹

In realtà l'art. 4 bis viene "salvato" dal giudice costituzionale proprio per il fatto di non precludere la concessione della liberazione anticipata neanche ai condannati che non collaborino con la giustizia.⁸⁰ La Corte Costituzionale ha escluso l'applicabilità dell'art 4 bis o.p. in ordine a tale misura. La formulazione "fatta eccezione per la liberazione anticipata" è stata apportata dall'art. 15 del decreto legislativo n. 306 del 1992, convertito con modificazioni dall'art. 1 della legge n. 356/92. Prima di tale decreto l'art. 4 bis si riferiva alle misure alternative senza indicare specificamente le singole misure e senza escludere in modo esplicito la liberazione anticipata. Alla luce del fatto che tale misura, a differenza delle altre misure alternative, comporta una riduzione di pena da scontare e non una vera sostituzione della pena detentiva con altre misure, si comprende che il problema è stato dunque risolto. Né la sussistenza di collegamenti con la criminalità organizzata, né la

⁷⁹ A. Della Bella, *Le modifiche in materia di ordinamento penitenziario*, in *"Emergenza carceri e sistema penale"*, cit. pag. 120

⁸⁰ F. Della Casa, *Esecuzione della pena e giudice di sorveglianza: la modulazione del trattamento tra premialità e rigore*, in *"Politica del diritto"*, cit. pag. 14

collaborazione con la giustizia, saranno rilevanti ai fini della concessione della liberazione anticipata.⁸¹ L'art 4-bis quindi, secondo la Corte Costituzionale, non contrasta con l'art 27, comma 3, proprio perché al condannato "non collaborante" è garantita, purché la sua condotta lo permetta, la liberazione anticipata.⁸²

Tornando adesso all'unica condizione per accedere ai benefici penitenziari, dobbiamo dire che la *collaborazione* di cui all'art. 58 ter. o.p., può avere diverse sfaccettature:

Per quanto riguarda il comma 1 dell'art. 4 bis, solo una collaborazione concretamente e oggettivamente utile potrà far ritenere spezzati i contatti tra il reo e l'organizzazione criminale. In difetto di collaborazione, infatti, il mancato collegamento alla criminalità non sarà sufficiente per superare le preclusioni. È utile anche la collaborazione tardiva.

Si evidenzia anche la collaborazione ininfluente, cioè una cooperazione solo ipotetica poiché impraticabile ai fini giudiziari, data la limitata partecipazione del reo al fatto o il pieno accertamento dei fatti in sede giudiziaria che rendano superfluo il contributo del soggetto. Il tutto senza addebitare al condannato una mancanza di volontà collaborativa.

⁸¹ Corte Cost. Sent. n. 306/1993, in "Giurisprudenza costituzionale", 1993, pag. 2512

⁸² F. Della Casa, *Le recenti modificazioni dell'ordinamento penitenziario: dagli ideali smarriti della "scommessa" anticustodialistica agli insidiosi pragmatismi del "doppio binario"*, in "L'ordinamento penitenziario tra riforme ed emergenza", cit pag. 121

Tale collaborazione può far superare le preclusioni all'accesso ai benefici, ma non i più alti tetti di pena.

Altro tipo di collaborazione è quella irrilevante, introdotta dal legislatore del 1992. È il caso in cui il delitto di cui al primo comma art. 4 bis sia meno grave, per il ravvedimento del condannato o per il suo contributo nel reato. In questo caso la collaborazione è inutile, purché supportata da elementi che dimostrino l'insussistenza di collegamenti con la criminalità. Altro presupposto per la sua operatività è che al condannato sia riconosciuta nella sentenza di condanna una delle circostanze attenuanti ex art. 62 c.p. Quando siano state riconosciute le relative attenuanti, la collaborazione idonea ad abbattere lo sbarramento all'accesso dei benefici può anche essere irrilevante.

La collaborazione impossibile, invece, si ha nell'ipotesi in cui il condannato dia un contributo insignificante dovuto alla limitata partecipazione al fatto⁸³, nonché nei casi di collaborazione inutile per essere stato raggiunto l'accertamento pieno dei fatti.⁸⁴ In questi casi la collaborazione è impossibile per mancanza di ulteriori informazioni da fornire agli inquirenti. Questo tipo di situazione può rimuovere le preclusioni di cui all'art. 4 bis, purché ci siano gli elementi che escludono il collegamento tra soggetto e organizzazione criminale.

⁸³ Corte Cost. Sent. n. 357/1994

⁸⁴ Corte Cost. Sent. n. 68/1995

La collaborazione irrilevante quindi opera per i reati di cui all'art. 4 bis nella forma attenuata e dev'essere offerta purché risulti inutilizzabile, mentre quella impossibile è applicabile sempre ed è dato dal quale si può prescindere.⁸⁵

Tutto ciò per tutelare da un'ingiustificata discriminazione il condannato che, per le sue limitate conoscenze di fatti o persone, non sia in grado di dare un contributo utile ai sensi dell'art. 58 ter. La Corte Cost., dunque, dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 4 bis nella parte in cui non prevede che i benefici possano essere concessi anche nel caso in cui la limitata partecipazione al fatto criminoso renda impossibile un'utile collaborazione con la giustizia, sempre che siano stati acquisiti elementi che escludano l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata.⁸⁶

Riguardo la dimostrazione della sussistenza o meno di collegamenti con la criminalità organizzata, si richiedono due tipi di prova. Per quanto riguarda i detenuti o internati per i delitti di cui al comma 1 bis, reati gravi ma con un minor coinvolgimento del reo, è necessaria la dimostrazione dell'insussistenza di collegamenti attuali con la criminalità organizzata. Si tratta di una "prova negativa" che impone la dimostrazione dell'inesistenza di un fatto. Si chiede di provare non se un soggetto ha collegamenti attuali con un'organizzazione criminale, ma

⁸⁵ L. Caraceni – C. Cesari, sub art. 4 bis, in *"Ordinamento penitenziario commentato"*, cit. pag. 71

⁸⁶ Corte Cost. Sent. n. 357/1994

se ciò è escluso. La norma chiede la presenza di elementi che dimostrino in maniera certa l'insussistenza di tali collegamenti. È necessaria la prova che certi collegamenti, prima esistenti, siano adesso venuti meno. In assenza di tale prova negativa, gli elementi relativi ai progressi trattamentali del soggetto risulteranno irrilevanti. Tale prova negativa potrebbe essere data anche con la prova positiva contraria, vale a dire l'accertamento di fatti e circostanze positive che fanno ritenere escluso il fatto contrario. Rimane il fatto che la presunzione di pericolosità sociale introdotta dalla norma sottrae alla magistratura di sorveglianza la possibilità di valutare i progressi trattamentali del detenuto.

I detenuti per delitti di cui al comma 1 ter dell'art 4 bis sono invece esclusi dall'ammissione ai benefici penitenziari solo quando sia dimostrata la sussistenza dei suddetti collegamenti con la criminalità organizzata. Di tali collegamenti quindi si deve, in questo caso, dimostrare l'attualità, quindi si parla adesso di una "prova positiva". Per far scattare la preclusione è sufficiente qualsiasi relazione con ambienti o persone appartenenti alla criminalità organizzata.⁸⁷

La persistenza di collegamenti è un indice di pericolosità sociale che può giustificare la revoca di una misura alternativa, ma se in sede di concessione della misura la pericolosità è già stata valutata, è automatico che la revoca non potrà essere disposta se non quando sia accertata

⁸⁷ L. Caraceni – C. Cesari, sub art. 4 bis, in *"Ordinamento penitenziario commentato"*, cit. pag. 74

l'attuale esistenza di siffatti collegamenti. Quando l'accertamento dia esito negativo sarà irragionevole revocare la misura già concessa sulla base della mancata collaborazione.⁸⁸

Tale sistema introdotto dalla normativa degli anni novanta attraverso un articolo di questo tipo ha creato problemi, essendo stata individuata la volontà legislativa di sottrarre all'organo giurisdizionale ogni margine di autonomia valutativa sulle condizioni necessarie e sufficienti per concedere una misura alternativa ai condannati per delitti di cui all'art. 4 bis. Si parla ancora una volta di restrizione della discrezionalità del giudice di sorveglianza, restrizioni che con la novella del 1986 sembravano scomparse una volta per tutte.

La sussistenza di collegamenti con la criminalità organizzata è valutata da un organo extra-penitenziario, il Comitato provinciale per l'ordine e la sicurezza, a cui il giudice è tenuto a chiedere informazioni. Si è ritenuto infatti che l'informativa di tale organo avesse forza di prova legale e fosse così incompatibile col principio del libero convincimento del giudice. La Corte di Cassazione ha stabilito l'obbligatorietà di tale parere, ma ha ritenuto allo stesso tempo che non fosse vincolante. Ciò significa che il giudice potrebbe adeguarsi a tali informazioni quanto discostarsene. Resta comunque fermo il fatto che la presenza di attuali collegamenti con le organizzazioni criminali sia elemento preclusivo di

⁸⁸ Corte Cost. Sent. n. 306/1993

qualsiasi ulteriore indagine.⁸⁹ Anche la Corte Costituzionale ha successivamente sancito la correttezza di tale orientamento.⁹⁰

Due decreti poi hanno successivamente tentato di modificare l'art. 4 bis, allo scopo di ridurre il sovraffollamento carcerario. Il primo di essi è il decreto legge n. 107 del 1993, che aveva aggiunto all'art. 4 bis il comma 2 bis e 3 ter. Prevedeva che per i soggetti autori di delitti legati alla criminalità organizzata che avessero usufruito delle circostanze attenuanti di cui all'art. 62 c.p., la magistratura acquisisse le dettagliate informazioni rivolgendosi non più al comitato provinciale dell'ordine e della sicurezza, ma al procuratore nazionale antimafia, al questore e al direttore dell'istituto. Il decreto non venne convertito in legge. Sarà il successivo decreto n. 187 del 1993 ad essere convertito nella legge n. 296/1993, che al fine di snellire la procedura di acquisizione delle prove, limitatamente ai soggetti compresi nel secondo gruppo del comma 1, art. 4 bis, stabilisce che le informazioni sulla pericolosità sociale saranno fornite dal questore competente in relazione al luogo in cui il condannato è detenuto.⁹¹

⁸⁹ P. Comucci, *Lo sviluppo delle politiche penitenziarie dall'ordinamento del 1975 ai provvedimenti per la lotta alla criminalità organizzata*, in *"La criminalità organizzata e politiche penitenziarie"*, cit. pag. 41

⁹⁰ Corte Cost. Sent. n. 271/1992

⁹¹ P. Corso, *La sicurezza e la disciplina penitenziaria*, in *"Manuale della esecuzione penitenziaria"*, cit. pag. 145

Altri provvedimenti che hanno modificato l'art. 4 bis, allo scopo di contrastare i fenomeni criminali, sono state due leggi del 2001.

La legge n. 92/2001 ha inserito nel primo gruppo di cui al comma 1, art 4 bis, i detenuti e internati per reato di associazione per delinquere finalizzata al contrabbando di tabacchi lavorati esteri. Con lo stesso provvedimento e con la legge n. 4/2001 vengono inoltre compresi nel secondo gruppo di cui al comma 1, art 4 bis, i detenuti e internati per il reato di contrabbando di tabacchi lavorati esteri aggravato e per il reato di associazione a delinquere previsto dall'art 416 c.p. realizzato allo scopo di commettere altri delitti.⁹²

Anche il comma 9 dell'art. 656 c.p.p. indica come non concedibile la sospensione dell'esecuzione della pena per i condannati a uno dei delitti di cui all'art. 4 bis dell'ordinamento penitenziario. Suddetto articolo è stato modificato successivamente dalla legge n. 94/2013, la quale ha inciso inoltre sul comma 9 e dunque sui reati ostativi. Il Governo, nella stesura originaria del decreto poi convertito in legge, aveva optato per la totale eliminazione dei reati ostativi, fatta eccezione per i delitti di cui all'art. 4 bis. In sede di conversione poi sono stati reintrodotti nel comma 9 i reati ostativi con l'eccezione del reato di furto aggravato e

⁹² P. Corso, *La sicurezza e la disciplina penitenziaria*, in *"Manuale della esecuzione penitenziaria"*, cit. pag. 147

aggiungendone dei nuovi, come i maltrattamenti in famiglia e lo stalking.⁹³

Con l'art. 4 bis o.p. il legislatore ha voluto evitare di premiare gli appartenenti alle organizzazioni criminali anche quando commettono reati c.d. di piccolo cabotaggio, reati cioè che di per sé non provocherebbero allarme sociale, ma che, quando siano commessi da persone facenti parte di tali associazioni malavitose, si connotano diversamente. Negli anni novanta quindi si abbandona la vecchia teoria secondo cui la criminalità organizzata equivaleva solo a delitti di notevole allarme sociale, e si arriva alla conclusione secondo cui la criminalità vive anche in fatti quotidiani, che nel loro insieme, però, diventano segno di una criminalità da combattere con forza.⁹⁴

⁹³ A. Della Bella, *Modifiche al codice di procedura penale*, in *"Emergenza carceri e sistema penale"*, cit. pag. 37

⁹⁴ L. Grilli, *Le misure alternative*, in *"I benefici penali e penitenziari"*, cit. pag.149

3. “Divieto di concessione di benefici”: art. 58-quater dell’ordinamento penitenziario.

L’art. 58-quater dell’ordinamento penitenziario è stato introdotto dal d.l. n. 152 del 1991, convertito come già ho detto, nella legge n. 203/1991. L’articolo in questione introduce un divieto temporaneo di concessione dei benefici penitenziari, quali l’affidamento in prova al servizio sociale, la semilibertà e la detenzione domiciliare per due categorie di condannati. In base all’articolo in questione, “l’assegnazione al lavoro all’esterno, i permessi premio, l’affidamento in prova al servizio sociale, la detenzione domiciliare e la semilibertà non possono essere concessi al condannato colpevole di una condotta punibile ai sensi dell’art. 385 c.p. Tale disposizione si applica altresì al condannato cui sia stata revocata una delle suddette misure. Il divieto opera per tre anni dal momento in cui è ripresa l’esecuzione della custodia o della pena o dal momento in cui è stato emesso il provvedimento di revoca. I condannati per il reato di sequestro di persona a scopo di terrorismo ed eversione e i condannati per il reato di sequestro di persona a scopo di estorsione non possono accedere ai benefici di cui al comma 1 dell’art 4-bis, se non abbiano espiato almeno due terzi della pena o ventisei anni, nel caso di ergastolo. I benefici non sono concessi o sono revocati per i condannati a delitti di cui al comma 1, 1 ter e 1 quater dell’art 4-bis, verso i quali ci sia una condanna per delitto doloso punito con la pena non inferiore nel

massimo a tre anni, commesso da chi ha posto in essere una condotta punibile a norma dell'art 385 c.p. o durante il godimento delle misure. Tale divieto opera per cinque anni dal momento della ripresa dell'esecuzione della custodia o della pena o dalla revoca della misura. Le misure suddette non sono concesse più di una volta a chi sia stata applicata la recidiva prevista al comma 4 dell'art. 99 c.p.” Per quanto riguarda il secondo comma dell'articolo in questione, il quale riferisce il divieto a chi abbia subito la revoca di una misura, la Corte Costituzionale ne ha dichiarato l'illegittimità nella parte in cui si riferisce ai minorenni.⁹⁵

L'art. 58-quater, innanzitutto, si riferisce a coloro che, condannati per uno dei delitti di cui all'art. 4-bis, abbiano posto in essere una condotta punibile a norma dell'art 385 del codice penale, vale a dire reato di evasione. Per tali soggetti il divieto è *temporaneo*, essendo previsto un periodo di tre anni da quando è ripresa l'esecuzione della pena. Tale divieto è inoltre indipendente dal collegamento o meno con la criminalità organizzata. Analogo divieto esiste per coloro ai quali sia stata revocata la misura dell'affidamento in prova, della semilibertà o della detenzione domiciliare, a seguito di deviazioni comportamentali. Anche per tali soggetti il divieto è di tre anni dalla data di emissione del provvedimento di revoca.⁹⁶

⁹⁵ Corte Cost. Sent. n. 436/1999

⁹⁶ L. Grilli, *Le misure alternative*, in “*I benefici penali e penitenziari*”, cit. pag. 158

Tale norma introdotta dal legislatore nel 1991 è una norma di “formazione progressiva” dato che, mentre i primi quattro commi sono stati introdotti dalla legge n. 152/1991, i successivi, vale a dire il comma 5, 6 e 7, sono stati successivamente aggiunti nell’anno successivo, precisamente dalla legge n. 356/1992. Il comma 7-bis è stato inoltre inserito dalla legge n. 251 del 2005 su cui mi soffermerò in seguito.⁹⁷

Il legislatore, nella scelta di introdurre l’art. 58-quater, si è soffermato sulla situazione di “pericolosità sociale del condannato, o meglio, sulla sua inaffidabilità nel beneficiare di una misura alternativa”. Nei primi tre commi infatti si sanziona la poca affidabilità di un condannato responsabile di condotte “emblematiche”, quali l’evasione o comportamenti che hanno portato alla revoca di un beneficio che gli era stato in precedenza concesso. Si introduce dunque una presunzione di “inidoneità temporanea” del soggetto evaso o inadempiente alle prescrizioni, alle forme di attenuazione della pena detentiva.

La disposizione in questione sottrae quindi alla magistratura di sorveglianza il potere di verificare “caso per caso” l’idoneità a realizzare la funzione rieducativa della pena.⁹⁸

Altra ipotesi, riferita a tutte le misure alternative, si riferisce a coloro che sono stati condannati per uno dei delitti di cui all’art. 4-bis alla pena

⁹⁷ F. Della Casa, *Le recenti modificazioni dell’ordinamento penitenziario: dagli ideali smarriti della “scommessa” anticustodialistica agli insidiosi pragmatismi del “doppio binario”*, in *“L’ordinamento penitenziario tra riforme ed emergenza”*, cit. pag. 111

⁹⁸ C. Cesari, sub art. 58-quater, in *“Ordinamento penitenziario commentato”*, cit. pag. 732

della reclusione non inferiore nel massimo di tre anni, quando il delitto è stato commesso nel periodo in cui il soggetto si trovava evaso oppure si trovava a godere di uno dei benefici. Vengono così puniti i soggetti che hanno approfittato del periodo in misura alternativa per commettere altri reati. Anche in tal caso il divieto è temporaneo, poiché, come dispone il comma 7, si tratta di un divieto che opera per cinque anni dal momento in cui è ripresa l'esecuzione della custodia o della pena o il provvedimento di revoca della misura.⁹⁹

Il comma 5 e il comma 7 indicano due nuove fattispecie preclusive che fanno scattare automaticamente il divieto di concessione dei benefici per certe categorie di condannati e la revoca di quelli già concessi. Tale automatismo è un “atto di esagerata sfiducia nei confronti degli organi preposti al giudizio” sulla concessione e sulla revoca di tali misure alternative. La norma è però coerente con il tentativo di individuare condannati per mafia o eversione nei confronti dei quali la presunzione di inidoneità temporanea alla fruizione dei benefici operi con effetti più che mai severi e punitivi.

La legge n. 251/2005 ha successivamente introdotto il comma 7-bis creando una sorta di “virata restrittiva”. Il comma di riferimento contempla il divieto di concedere più di una volta l'affidamento in prova al servizio sociale, la semilibertà e la detenzione domiciliare al condannato cui sia stata applicata la recidiva reiterata ai sensi dell'art.

⁹⁹ L. Grilli, *Le misure alternative*, in *“I benefici penali e penitenziari”*, cit. pag. 159

99, comma 4, del codice penale. Si ha dunque un “inasprimento” del sistema sanzionatorio a carico del c.d. recidivo “reiterato”, il quale viene considerato portatore di un alto tasso di pericolosità presunta a prescindere dei reati commessi. Ci sono state per questo critiche dottrinali per le irrazionali rappresaglie a danno di certi tipi di condannati a cui viene reso quasi impossibile l’accesso alle misure alternative e quindi qualsiasi tipo di recupero sociale. Tale preclusione è più restrittiva di quella di cui all’art. 4-bis. Il comma 7 bis è stato oggetto anche di dubbi di costituzionalità da parte della Corte Costituzionale, poiché ritenuto un divieto talmente rigido da precludere in modo estremamente significativo il percorso risocializzativo, dato che il recidivo reiterato avrebbe subito un trattamento peggiore rispetto ai condannati a norma dell’art. 4-bis.¹⁰⁰ Con il decreto legge n. 78 del 2013 infatti tale comma 7-bis venne eliminato, con l’intento di superare l’impianto così contrastante con la risocializzazione. Ma nella legge di conversione di suddetto decreto, il legislatore ha subito ripristinato il comma 7-bis, eliminando la disposizione con cui il divieto era stato abrogato.¹⁰¹

Una questione di legittimità si pone sui commi 1 e 7-bis dell’art. 58-quater, in riferimento agli artt. 3 e 27, comma 3 Cost, nella parte in cui non prevedono che i benefici penitenziari possano essere concessi nei

¹⁰⁰ Corte Cost. Sent. n. 291/2010, in “*Giurisprudenza costituzionale*”, 2010, pag. 3766

¹⁰¹ C. Cesari, sub art. 58-quater, in “*Ordinamento penitenziario commentato*”, cit. pag. 735

confronti di condannati che, prima dell'entrata in vigore della legge n. 251 del 2005, abbiano raggiunto un grado di rieducazione adeguato. La preclusione dell'accesso alla misura alternativa in danno di soggetti che, al momento dell'entrata in vigore della legge n. 251/2005, abbiano già intrapreso un percorso rieducativo, costituirebbe un ingiustificato arresto di tale processo. Nel caso di una sopravveniente norma che escluda da un beneficio una certa categoria di soggetti, l'applicazione della nuova preclusione a chi aveva già maturato le condizioni per godere di tale beneficio, rappresenterebbe una "brusca interruzione" dell'iter rieducativo.¹⁰²

Con la disciplina del 2005 l'art. 58-quater ha subito delle modifiche riguardo i destinatari dei divieti. Per quanto riguarda il divieto triennale, se prima il comma 1 si riferiva ai condannati di cui all'art. 4-bis, adesso è stato reso omogeneo l'insieme dei soggetti a cui si applicano le preclusioni, operando il divieto per tutti i condannati. Destinatari del divieto quinquennale, invece, sono i condannati per uno dei delitti di cui all'art 4-bis, commi 1, 1 ter e 1 quater.¹⁰³

Alla luce di ciò, l'articolo in questione, correlato all'art. 4-bis, attua un trattamento di maggior rigore per la necessità di sanzionare il comportamento inaffidabile di chi si è già reso autore di reati sintomatici di una certa pericolosità, limitando ancora una volta la discrezionalità

¹⁰² Corte Cost. Sent. n. 79/2007, in *"Giurisprudenza costituzionale" 2007*, pag. 767

¹⁰³ C. Cesari, sub art. 58-quater, in *"Ordinamento penitenziario commentato"*, cit pag. 740

della magistratura di sorveglianza nel decidere caso per caso sull'affidabilità di un condannato a godere di un beneficio penitenziario. Rafforza le cautele che già l'ordinamento penitenziario pone in essere quando si tratta di concedere una misura alternativa alla detenzione. La normativa del 1992 inasprisce ulteriormente il trattamento introdotto dal legislatore del 1991 di chi, già condannato per uno dei delitti di cui all'art 4-bis, approfitti del suo stato di evasione o dello stato di libertà dovuto al beneficio concessogli, per commettere altri reati.¹⁰⁴

4. Concessione dei permessi premio ai recidivi.

Altra restrizione imposta dal legislatore alla discrezionalità della magistratura di sorveglianza è costituita dall'introduzione dell'art 30-*quater* da parte del legislatore del 2005, mediante la stessa legge che ha inasprito l'art. 58-*quater*. La legge n. 251 è intervenuta sul trattamento sanzionatorio dei reati di associazione di tipo mafioso, innalzando le pene previste per le fattispecie contemplate dall'art 416-bis del codice

¹⁰⁴ P. Corso, *La sicurezza e la disciplina penitenziaria*, in "Manuale della esecuzione penitenziaria", cit pag. 150

penale.¹⁰⁵ La nuova legge, chiamata anche “Ex Cirielli” dal nome del suo primo firmatario Edmondo Cirielli, si compone di due corpi normativi, dei quali uno si occupa della rivisitazione della disciplina della prescrizione e l’altro, nonché quello più rilevante, è caratterizzato da una certa finalità “restrittiva”, occupandosi dell’inasprimento del trattamento punitivo riservato al soggetto dichiarato recidivo. La novella del 2005 comporta un peggioramento sanzionatorio prendendo di mira il recidivo, soprattutto il recidivo *reiterato*. Il regime punitivo è molto aspro, essendo previsti, in base all’art. 99 del codice penale, degli aumenti di pena molto rigidi, un’applicazione molto rara delle circostanze attenuanti di cui all’art. 62 c.p., il divieto di sospensione dell’esecuzione delle pene detentive fino a tre anni, art. 656, comma 9 c.p.p., forti limitazioni all’accesso alle misure alternative disciplinate dalla legge n. 354 del 1975, e cosa che ci interessa in questo ambito, concessione dei permessi premio solo dopo aver scontato un lungo periodo di pena.¹⁰⁶ Con il nuovo articolo 30-quater si dispone che i permessi premio possono essere concessi ai detenuti, a cui sia stata applicata la recidiva prevista dal quarto comma dell’art. 99 del codice penale, ma con delle restrizioni.

¹⁰⁵ L. Pistorelli, *Aumenti di pena “mirati”: profili di sistema ed effetti*, in “Nuove norme su prescrizione del reato e recidiva”, a cura di A. Scalfati, Padova 2006, pag. 31

¹⁰⁶ S. Corbetta, *Il nuovo volto della recidiva: “tre colpi e sei fuori”?*, in “Nuove norme su prescrizione del reato e recidiva”, cit. pag. 53

Nel caso in cui il soggetto sia stato condannato alla reclusione o all'arresto non superiore a tre anni, dopo l'espiazione di un terzo della pena, cosa prima non richiesta. Nel caso di condannati alla reclusione superiore a tre anni, dopo l'espiazione della metà della pena, a differenza della previsione previgente che richiedeva l'espiazione di un quarto di pena. Per i condannati per i delitti di cui al comma 1, 1 ter e 1 quater dell'art. 4-bis e per coloro che siano stati condannati all'ergastolo, la formulazione vigente della norma permette la concessione del permesso premio non più dopo aver scontato metà della pena e comunque non oltre dieci anni, ma dopo l'espiazione di due terzi della pena e comunque non oltre quindici anni.¹⁰⁷

Il legislatore del 2005 ha modificato la disciplina della recidiva allo scopo di restituire alla pena certezza ed effettività e, mediante l'introduzione di tali automatismi che frenano la discrezionalità del giudice, ha voluto restituire alla recidiva la sua funzione originaria che era stata stravolta dell'intervento del legislatore del 1974 con la prima riforma penitenziaria. Importante è stato l'intervento del senatore L. Bobbio che si riferisce al "cattivo uso della discrezionalità che la legge lascia al giudice per la determinazione della pena da applicare". Secondo Bobbio "il magistrato effettua una valutazione della rispondenza dello strumento sanzionatorio all'interesse della collettività, sostituendosi così al legislatore in una funzione che non gli è propria". Ecco che, "con

¹⁰⁷ Sub art. 30-quater, in *"Ordinamento penitenziario commentato"*, cit pag. 370

l'introduzione di tali automatismi e limitazioni alla discrezionalità della magistratura di sorveglianza, si persegue l'obiettivo di recuperare l'efficacia formale della legge nei confronti degli operatori che sarebbero chiamati semplicemente ad applicarla". Va restituita credibilità all'ordinamento penale.¹⁰⁸

La nuova novella, quindi, introduce restrizioni per quanto riguarda i benefici penitenziari nei confronti di condannati a cui sia stata applicata la recidiva reiterata. Cosa certa, però, è che deve trattarsi di persone nei confronti delle quali la recidiva reiterata sia stata contestata e dichiarata nel corso del giudizio. È necessario inoltre che tale recidiva abbia concretamente concorso alla determinazione della pena irrogata al condannato, non potendo essere considerata la recidiva un mero status soggettivo desumibile dai vari provvedimenti di condanna emessi verso qualcuno.¹⁰⁹

Per ciò che attiene alla discrezionalità del giudice di sorveglianza, la sua riduzione nel commisurare la pena del recidivo emerge in modo chiaro. Innanzitutto per il fatto che l'aumento di pena per la recidiva semplice, pluriaggravata e reiterata è fisso, al contrario della vecchia disciplina in cui il legislatore indicava un aumento massimo e il giudice poteva scegliere. Più importante è la novità riguardante le circostanze di reato:

¹⁰⁸ S. Corbetta, *Il nuovo volto della recidiva: "tre colpi o sei fuori" ?*, in *"Nuove norme su prescrizione del reato e recidiva"*, cit pag. 56

¹⁰⁹ F. Fiorentin, sub art 30-quater, in *"Ordinamento penitenziario commentato"*, cit pag. 370

nell'ipotesi di recidiva obbligatoria il giudice non può applicare, ai fini della concessione delle attenuanti, i criteri riguardanti l'intensità del dolo o il grado di colpa; è inoltre vietato al giudice di far prevalere le circostanze attenuanti sulle aggravanti nel caso in cui la recidiva sia reiterata. Va inoltre detto che, nonostante il legislatore del 2005 abbia previsto degli aumenti di pena fissi per i recidivi, è da tener conto che tali aumenti non sono obbligatori e che il giudice deve valutarli in base alla pena da lui commisurata. Dunque sembra residuare uno spazio discrezionale per individuare la pena in base al caso concreto. Il potere discrezionale del giudice, però, è esercitabile in base al tipo di recidiva. Possiamo ben dire che dalla precedente situazione di "sovranità giurisdizionale", il legislatore è passato a soluzioni più severe, ma nonostante ciò, di fronte ad una certa politica criminale tendente alla certezza della pena, la riduzione del potere discrezionale del giudice non ha eliminato quel margine di scelta in base alla peculiarità dei casi concreti.¹¹⁰

Come ho già accennato, nella nuova norma si verificano consistenti protrazioni dei limiti temporali di ammissibilità al permesso premio, protrazioni diverse dalle ipotesi disciplinate al comma 4 dell'art 30 ter o.p. In concreto, al recidivo reiterato i permessi sono concessi, nel caso di condanna a reclusione infra-triennale, dopo l'espiazione di un terzo della pena, invece che immediatamente. Nei casi di condanna a

¹¹⁰ I. Pellizzone, *Riserva di legge e discrezionalità del giudice nella nuova disciplina della recidiva*, in "Quaderni costituzionali", 2007, pag. 125

reclusione superiore a tre anni, il permesso è concesso dopo l'espiazione di metà della pena, e non più dopo un quarto di pena come continuerà ad avvenire per il non recidivo reiterato. Nel caso di condanna per uno dei delitti di cui al comma 1, 1 ter e 1 quater dell'art. 4 bis, il permesso potrà essere concesso dopo aver espiaato due terzi della pena e per ultimo, nel caso di condanna all'ergastolo, il quantum da espiare sarà quindici anni, al contrario della normativa previgente in base a cui gli anni di pena da espiare erano dieci. Si tratta di un "moltiplicatore" penitenziario, in base al quale agli aumenti già praticati in sede di commisurazione della pena, se ne aggiungono altri.¹¹¹

La nuova entità di pena da espiare comporta quindi un aggravio restrittivo di notevole importanza, problema che si pose già nell'anno 1992 con il decreto legge n. 306, che introdusse provvedimenti contrastanti la criminalità mafiosa modificando in senso restrittivo la disciplina carceraria. Ci si è chiesti se le norme sul trattamento penitenziario sfavorevoli al condannato fossero irretroattive come le norme penali incriminatrici, secondo l'art. 25, comma 2 Cost. Se ne può dunque sostenere l'irretroattività poiché la legge ex Cirielli, più che modificare il regime di espiazione della pena, modifica *in pejus* le conseguenze derivanti dalla commissione di un altro reato. L'art. 30-quater è stato oggetto di una questione di legittimità costituzionale in ordine alla violazione del principio di irretroattività e al contrasto col

¹¹¹ C. Fiorio, *Recidiva e prescrizione dei reati: le novità della legge Ex-Cirielli*, in "Diritto penale e processo", 2003, pag. 301

fine rieducativo di cui all'art. 27, comma 3 Cost.¹¹² Secondo la Corte Costituzionale le funzioni della pena non vanno del tutto sacrificate, cosa che invece accade in questo caso, al momento in cui l'art 30-quater valorizza l'opzione repressiva della pena vanificando totalmente quella rieducativa. Tale sottovalutazione determina una brusca interruzione del percorso rieducativo. Un orientamento di questo genere è legato a quello della Sentenza n.137/1999 che affrontò una situazione simile. Essa dichiarò illegittimo l'art. 4-bis, in riferimento all'art 27, comma 3 Cost, nella parte in cui non concedeva il permesso premio al condannato che, prima delle modifiche peggiorative introdotte nel 1992, avesse raggiunto un grado di rieducazione adeguato al beneficio.¹¹³ Così anche con la Sentenza n. 257/2006, la Corte dichiara incostituzionale l'art 30-quater nella parte in cui non prevede che il permesso premio possa essere concesso a condannati che, prima dell'entrata in vigore della legge n. 251 del 2005, avessero raggiunto un certo grado di rieducazione, tale da renderli idonei all'accesso al beneficio. Questo per il fatto che l'innovazione legislativa che vieti la concessione di un beneficio a chi, al momento dell'entrata in vigore della disciplina restrittiva, abbia già realizzato tutte le condizioni per poterne usufruire, si pone in contrasto

¹¹² F. Fiorentin, sub art. 30-quater, in *"Ordinamento penitenziario commentato"*, cit, pag. 372

¹¹³ Corte Cost. Sent. n. 137/1999

con l'art. 27, comma 3 Cost, poiché provocherebbe un incoerente arresto dell'iter trattamentale.¹¹⁴

A conclusione di ciò possiamo notare come la legge “ex Cirielli” abbia elevato a potenza la recidiva, configurandola come punizione per la punizione, mettendo in evidenza un assetto penitenziario fondato su una scelta di tipo radicale, una scelta basata sulla “tolleranza zero” nei confronti di un soggetto che, dopo aver commesso un reato, ne commette un altro, andando così a delinquere nuovamente. Il doppio binario che si era consolidato per far fronte alle associazioni criminali, è andato così ad allargarsi, finendo per comprendere la categoria dei recidivi reiterati, soggetti quindi che, già recidivi, commettono un altro delitto non colposo. In questo caso il surplus sanzionatorio è finalizzato a soddisfare istanze retributive e repressive. La lotta alla mafia e all'eversione si estende alla lotta verso il delinquente che continua a delinquere. Non si tratta più, dunque, di offrire benefici in cambio di un'utile collaborazione, ma di un internamento del deviante e di un trattamento penitenziario più severo. La tecnica usata per intervenire sulle misure alternative è la stessa utilizzata nei confronti dei condannati a norma dell'art. 4-bis. Vengono sostanzialmente equiparati, per quanto riguarda la fruibilità delle misure alternative, i detenuti per i gravi delitti associativi e i recidivi reiterati, accomunandoli in limiti uguali, anche se svincolati da onori collaborativi. La novella del 2005 reintroduce così

¹¹⁴ Corte Cost. Sent. n. 257/2006, in “*Giurisprudenza costituzionale*”, 2006, pag. 2713

quegli automatismi carcerari che privano il giudice della discrezionalità necessaria a graduare individualmente la sanzione.¹¹⁵

4.1. Eliminazione di alcuni automatismi carcerari a carico dei recidivi reiterati.

Una novità assoluta è individuata nel tentativo messo in pratica dal decreto legge n. 78 del 2013, convertito successivamente in legge n. 94/2013. Il decreto legge ha eliminato alcuni automatismi carcerari posti a carico dei recidivi reiterati, che impedivano a tali tipologie di soggetti l'accesso ai benefici penitenziari e alle misure alternative alla detenzione. Come già ho accennato, la disciplina peggiorativa a carico dei recidivi reiterati è stata introdotta dalla legge n. 251 del 2005, in base alla presunzione assoluta di pericolosità sociale di coloro che sono stati condannati per la terza volta per un delitto non colposo. Il legislatore del 2013 ha voluto fare un passo indietro, smantellando questo sistema di preclusioni e subordinando tale scelta alla scarsa significatività della

¹¹⁵ C. Fiorio, *Recidiva e prescrizione dei reati: le novità della legge Ex-Cirielli*, in *"Diritto penale e processo"*, cit. pag 301

presunzione assoluta di pericolosità a carico di questa categoria di condannati. La modifica più rilevante è rappresentata dalla soppressione del divieto di sospensione dell'ordine di esecuzione delle condanne a pena detentiva di cui all'art 656, comma 5 del codice di procedura penale, stabilito per i recidivi reiterati. Importante è anche l'eliminazione del limite all'accesso alla detenzione domiciliare da parte di tali soggetti, essendo oggi previsto per i recidivi reiterati l'accesso a tale misura in condizioni di parità rispetto agli altri condannati. Questo ha voluto ridimensionare la disciplina di sfavore dei recidivi reiterati.¹¹⁶

Sempre in relazione allo smantellamento operato a favore dell'abolizione di alcune preclusioni verso i recidivi reiterati, si può notare che il decreto legge del 2013 ha inoltre abrogato l'art. 50-bis dell'ordinamento penitenziario, che limitava fortemente l'accesso alla semilibertà alla categoria dei soggetti in questione, prevedendo che la misura potesse essere concessa soltanto dopo aver espiato i due terzi della pena irrogata e tre quarti della pena nei casi di cui all'art. 4-bis. Adesso, dopo l'intervento del 2013, anche i recidivi reiterati possono accedere alla misura alternativa della semilibertà.¹¹⁷

Il decreto legge, in sede di conversione, ha subito un "freno", essendo infatti ripristinate alcune delle disposizioni che il decreto aveva

¹¹⁶ A. Della Bella, *Le modifiche in materia di ordinamento penitenziario*, in *"Emergenza carceri e sistema penale"*, cit. pag. 95

¹¹⁷ A. Della Bella, *Le modifiche in materia di ordinamento penitenziario*, in *"Emergenza carceri e sistema penale"*, cit. pag. 100

eliminato. Si tratta soprattutto dell'art 30-quater che stabilisce soglie di pena più alte per la concessione dei permessi premio ai recidivi reiterati, disposizione che era stata abrogata dal decreto legge e quindi ripristinata. Anche l'art 58-quater comma 7-bis, che era stato abrogato dal decreto legge, è stato riportato in vigore in sede di conversione.

A fianco alle disposizioni volte a restringere il trattamento di sfavore nei confronti dei recidivi reiterati, ci saranno successivamente dei decreti “svuota-carcere” volti ad ampliare gli spazi di fruibilità dei benefici penitenziari e delle misure alternative alla detenzione.

CAPITOLO 3

NUOVE PROPOSTE DI LEGGE

Sommario: 1. Un progetto ancora in fieri; 2. Tavoli tematici degli Stati Generali dell'esecuzione penale.

1. Un progetto ancora in fieri

Sulle misure alternative alla detenzione e sulle varie preclusioni imposte dal legislatore ci sono sempre stati dibattiti. Da ultimo merita segnalare come sia stato presentato recentemente alla Camera dei deputati il disegno di legge n. 2798, disegno presentato dal Ministro della Giustizia Andrea Orlando in data 23 dicembre 2014 e intitolato “Modifiche al codice penale e al codice di procedura penale per il rafforzamento delle garanzie difensive e la durata ragionevole dei processi e per un maggior

contrasto del fenomeno corruttivo, oltre che all'ordinamento penitenziario per l'effettività rieducativa della pena". L'esame in Commissione giustizia è iniziato il 13 gennaio del 2015 ed è finito il 24 luglio 2015, per poi passare alla discussione in Assemblea, iniziata il 27 luglio e conclusa il 23 settembre 2015, data in cui il progetto è stato approvato. Il parere della Commissione permanente affari sociali è risultato favorevole al disegno di legge n. 2798, evidenziando in particolare come l'art. 26 del provvedimento in oggetto proponga un vero e proprio programma di politiche sociali inerenti il mondo carcerario, che è ritenuto dalla relativa Commissione di particolare rilievo e interesse. Nella relazione al d.d.l. in questione, per quanto riguarda l'art. 26, recante "Principi e criteri direttivi per la riforma dell'ordinamento penitenziario", si nota come in esso convivano l'istanza rieducativa e di risocializzazione con quella di sicurezza sociale, che sin dai primi anni novanta si è sovrapposta alla prima, piegando alcuni istituti alla funzione di incentivazione della collaborazione con l'autorità giudiziaria ed escludendone altri dal trattamento rieducativo, proprio in ragione di un incremento dell'efficacia meramente punitiva dell'esecuzione penale. Le linee direttrici con cui si intende operare sono costituite dalla semplificazione delle procedure, dalla revisione dei presupposti di accesso alle misure alternative al fine di facilitare il ricorso alle stesse, dall'eliminazione di automatismi e preclusioni, impeditivi di una piena individualizzazione del trattamento rieducativo, e dalla valorizzazione del lavoro come

strumento di reinserimento sociale. La formulazione originaria dell'art. 26, infatti, prevedeva al punto *b*) una revisione dei presupposti di accesso alle misure alternative sia con riferimento ai presupposti soggettivi sia con riferimento ai limiti di pena, al fine di facilitare il ricorso alle stesse. Al punto *c*) prevedeva l'eliminazione di automatismi e di preclusioni che impediscono o rendono molto difficile, sia per i recidivi sia per gli autori di determinate categorie di reati, l'individualizzazione del trattamento rieducativo e revisione della disciplina di preclusione dei benefici penitenziari per i condannati alla pena dell'ergastolo.

Il progetto di legge è stato poi approvato dall'Assemblea della Camera il 23 settembre 2015, ma dalla discussione parlamentare in sede di Commissione giustizia l'art. 26 sembra esserne uscito significativamente riformato rispetto alla sua formulazione originaria. Detto articolo, infatti, è diventato l'art. 30 e al punto *b*) fa riferimento alla revisione “delle modalità” e dei presupposti di accesso alle misure alternative, sia con riguardo ai presupposti soggettivi sia ai limiti di pena, al fine di facilitare il ricorso alle stesse, ma con l'aggiunta di una clausola di esclusione: “salvo i casi di eccezionale gravità e pericolosità e in particolare per le condanne per i delitti di mafia e terrorismo anche internazionale”. Al punto *c*) (che è diventato il punto *e*) del nuovo art. 30), trova conferma poi la eliminazione degli automatismi e delle preclusioni che impediscono o rendono molto difficile, sia per i recidivi

sia per gli autori di determinate categorie di reati, l'individualizzazione del trattamento rieducativo e revisione della disciplina di preclusione dei benefici penitenziari per gli ergastolani. Anche qui è presente la nuova clausola di esclusione "salvo i casi di eccezionale gravità e pericolosità e in particolare per le condanne a reati di mafia e di terrorismo anche internazionale". Si lascia, dunque, presumere la volontà di mantenere alcuni limiti di accesso alle misure alternative per i casi più gravi, nei confronti quindi di alcune categorie di soggetti, vale a dire i condannati sottoposti al regime di cui all'art 4-bis dell'ordinamento penitenziario.

Il 24 settembre 2015 il disegno di legge è stato trasmesso, dal Presidente della Camera dei deputati, al Senato, risultando attualmente l'atto n. 2067 in sede di esame. Vedremo prossimamente, dunque, se determinate disposizioni, che sembrerebbero contrastare con i principi della nostra Carta Costituzionale, persisteranno oppure si opterà, al contrario, in favore di un accesso libero per tutti i condannati e quindi si procederà all'eliminazione totale di dette condizioni ostative.

2. Tavoli tematici degli Stati Generali dell'esecuzione penale.

L'ambito delle misure alternative alla detenzione e delle varie preclusioni per certi soggetti è stato inoltre oggetto di molte discussioni, non tanto in Parlamento, ma in vari altri ambiti. Uno di questi è riferito agli Stati Generali dell'esecuzione penale, Comitato di esperti costituito con decreto del Ministro della Giustizia Orlando, in data 8 maggio 2015, formato da professionisti accomunati dal preciso scopo di definire un nuovo modello di esecuzione penale e una fisionomia migliore del carcere, attraverso 18 tavoli tematici, il cui fine è quello di arrivare a vedersi affermare un modello di esecuzione in linea con l'art. 27 della nostra Costituzione.

Particolarmente rilevante ai fini che qui interessano è il lavoro svolto dal Tavolo 16, riguardante gli ostacoli normativi all'individualizzazione del trattamento. Il presente Tavolo è stato chiamato a effettuare una ricognizione delle persistenti disposizioni contrastanti con i principi costituzionali, sulla base del fatto che contrasta con la finalità rieducativa della pena ogni preclusione assoluta all'accesso dei benefici penitenziari che non lasci al magistrato di sorveglianza alcun margine nella valutazione dell'evoluzione della personalità e della condotta del condannato. Le varie proposte di riforma sono state formulate sulla base

dell'art. 26 del d.d.l. n. 2798, approvato dalla Camera dei deputati e attualmente in sede di esame al Senato. Tra gli obiettivi che il tavolo di lavoro prevede si ha l'eliminazione degli automatismi e delle preclusioni che impediscono o rendono molto difficile, sia per i recidivi, sia per gli autori di certe categorie di reati, l'individualizzazione del trattamento rieducativo e la revisione della disciplina di preclusione dei benefici penitenziari per gli ergastolani. Altro obiettivo è la revisione delle norme sul divieto di concessione dei benefici penitenziari verso i detenuti e internati che non collaborano con la giustizia. Inoltre si ha l'obiettivo di affrontare il problema dell'ergastolo ostativo.

La prima importante proposta formulata riguarda la modifica del combinato disposto degli artt. 4-bis e 58-ter dell'ordinamento penitenziario, il quale mira a riorientare costituzionalmente l'attuale regime ostativo ai benefici penitenziari e alle misure alternative al carcere. Confermando la logica premiale della collaborazione di cui all'art 58-ter, si propone, però, di aggiungere alla norma un ulteriore comma, il comma 1 bis, descrittivo di condotte riparative assunte, quali il ravvedimento e la risocializzazione del condannato. La nuova configurazione mirerebbe ad un inedito doppio binario: da un lato, l'accesso ai benefici penitenziari è assicurato, come ora, a chi collabora con la giustizia; dall'altro, alle attuali ipotesi di mancata collaborazione perché impossibile o irrilevante, si vuole aggiungere il caso di una non collaborazione comunque "motivata", andando a trasformare l'attuale

previsione della mancata collaborazione da presunzione di pericolosità ordinariamente assoluta a presunzione relativa, superabile, dunque, attraverso una motivazione del giudice, il quale potrà valutare caso per caso la condotta del soggetto, caratterizzata da eventuali manifestazioni di ravvedimento e risocializzazione, fermo restando, tuttavia, la prova dell'insussistenza di collegamenti con la criminalità organizzata, eversiva o terroristica.

Altra proposta mirerebbe ad eliminare l'art 30-quater in materia di permessi premio, poiché consentendo al recidivo reiterato l'accesso al permesso solo dopo aver espiato una pena molto lunga, la norma risulta incoerente e in pieno contrasto con l'art 27, comma 3 Cost., risultando difficile il percorso rieducativo del soggetto.

Si vuole eliminare, altresì, l'art 58-quater in materia di divieto di concessione di benefici, proprio in base al dubbio di compatibilità dei divieti che operano verso condannati indipendentemente dalla condotta da essi tenuta in fase di esecuzione, con il comma 3 dell'art 27 Cost. Tale proposta è in linea con il disegno di legge che prevede la “eliminazione degli automatismi e delle preclusioni che impediscono o rendono difficile l'individualizzazione del trattamento rieducativo per i recidivi e per gli autori di certi reati”. Il Tavolo 16 vuole superare gli ostacoli normativi e arrivare ad una piena attuazione del trattamento rieducativo, proponendo di ri-orientare secondo Costituzione l'attuale regime ostativo alla concessione dei benefici penitenziari e delle misure

alternative alla detenzione. L'analisi parte dunque dagli artt. 4-bis e 58-ter o.p., volendo mantenere la premialità della collaborazione e i profili di sicurezza e prevenzione, smussandone però i tratti contrastanti con alcuni principi costituzionali. Si vuole, dunque, ottenere un inedito "doppio binario" che veda da una parte l'accesso ai benefici penitenziari e alle misure alternative, come già avviene, per chi collabora proficuamente e, dall'altra, anche nei casi di mancata collaborazione, a discrezionalità del giudice. Resta comunque richiesta la prova dell'assenza di collegamenti con la criminalità organizzata, eversiva o terroristica. Il Tavolo 16 propone, in particolare, una modifica all'art 4-bis o.p., volendo sostituire il 1 comma secondo cui "l'assegnazione al lavoro all'esterno, i permessi premio e le misure alternative, escluse la liberazione anticipata, possono essere concessi ai detenuti e internati per i seguenti delitti *solo* nei casi in cui tali detenuti e internati collaborino con la giustizia a norma dell'art 58-ter della legge" con una previsione che reciti: "l'assegnazione al lavoro all'esterno, i permessi premio e le misure alternative alla detenzione, esclusa la liberazione anticipata, possono essere concessi ai detenuti e internati per i seguenti delitti nei casi in cui tali detenuti e internati collaborino con la giustizia", eliminando dunque l'avverbio "solo". Si propone la modifica del comma 1 bis, nella parte in cui permette l'accesso ai benefici "purché siano stati acquisiti elementi tali da escludere collegamenti con la criminalità", proponendo la formulazione "salvo che siano stati acquisiti elementi tali da far ritenere sussistenti attuali collegamenti con la

criminalità”. Il nuovo comma 1 bis aggiungerebbe anche “i casi in cui la mancata collaborazione non escluda il sussistere di presupposti diversi, dalla collaborazione medesima, che permettono la concessione dei benefici a chi si è adoperato in condotte riparative”. Si propone, inoltre, di abrogare il comma 1-ter, il comma 2-bis e il comma 3-bis.

Il Tavolo 16 tende dunque ad eliminare quelle preclusioni “assolute” all’accesso ai benefici penitenziari, imponendo un’azione di “bonifica” di ogni automatismo preclusivo, dando in questo modo centralità al percorso trattamentale ed evitando meccanismi generalizzati che contrastino con la finalità rieducativa della pena.

Di rilievo è anche il Tavolo 12, riguardante Misure e sanzioni di comunità. Esso si occupa delle sanzioni e delle misure alternative alla detenzione, intendendo con “in comunità” il rapporto da stabilire con il territorio. Con “sanzioni di comunità” si intendono quelle misure la cui esecuzione prescinde dall’uso della struttura carceraria. Il Tavolo in esame si preoccupa innanzitutto di considerare tali misure non come strumenti per alleviare il sovraffollamento carcerario, ma come azioni mirate a ridurre la perpetrazione di ulteriori reati. Lo scopo viene raggiunto instaurando con gli autori di reato dei rapporti positivi al fine di assicurarne la presa in carico e guidarli verso il loro reinserimento sociale. Tra gli interventi proposti dal Tavolo di lavoro in esame, si ha la modifica del capo VI della legge n. 354 del 1975 e l’introduzione di un nuovo capo VI-bis dedicato alla competenza e ai profili processuali

comuni a tutte le misure. Tra gli obiettivi c'è quello di convincere l'opinione pubblica che il sistema delle pene non detentive tutela la sicurezza della comunità e riduce il rischio di recidiva. Si vuole inoltre attuare il criterio direttivo di cui nella legge delega per la riforma dell'ordinamento penitenziario che prevede la "revisione delle condizioni di accesso alle misure alternative, sia con riferimento ai presupposti soggettivi sia con riferimento ai limiti di pena, al fine di facilitare il ricorso alle stesse".

Per quanto riguarda l'obiettivo di attuare il criterio direttivo della legge delega per riformare l'ordinamento penitenziario che prevede la revisione dei presupposti di accesso alle misure alternative con riferimento ai presupposti soggettivi e anche ai limiti di pena, per facilitare il ricorso alle stesse, il tavolo 12 propone una riforma del capo VI della legge n. 354 del 1975 rinominandolo "misure penali di comunità", introducendo inoltre un capo nuovo dedicato ai profili processuali comuni a tutte le misure. Fondamentale è la proposta di eliminare gli artt. 4-bis, 58-ter e 58-quater dell'ordinamento penitenziario e ogni altra preclusione all'accesso alle misure, in base al contrasto con il principio rieducativo della pena, e trasformare le attuali condizioni ostative in criteri che orientano la decisione della magistratura di sorveglianza. Nella relazione di accompagnamento il Tavolo 12, riguardo alla riforma del sistema delle misure alternative, precisa come la detenzione non possa essere più vista come l'unica

risposta sanzionatoria al reato. Si impone una modifica del lessico usato per le misure alternative, chiamate ora misure penali di comunità. Per favorire il ricorso a modelli esecutivi idonei ad evitare l'ingresso in carcere, che dev'essere visto come *extrema ratio*, bisogna innanzitutto innalzare a quattro anni il limite di pena per poter usufruire delle misure alternative, e inoltre va prevista la concessione di tali misure fin dall'emissione della sentenza di condanna e comunque va incentivato l'accesso dalla libertà, attraverso l'introduzione di una "presunzione di idoneità della misura" quando la condanna non superi i quattro anni di reclusione. Da ultimo bisognerebbe abrogare l'art 4-bis dell'ordinamento penitenziario ed eliminare ogni preclusione. Ogni presunzione "assoluta" di pericolosità contrasta con il principio rieducativo della pena e con il principio dell'individualizzazione del trattamento. Lo scopo del Tavolo di lavoro, quindi, è far sì che la possibilità di accedere ad una misura penale di comunità debba essere sempre valutata nel caso concreto dal giudice di sorveglianza.¹¹⁸

Di non poca importanza è la recente audizione del Ministro della Giustizia Andrea Orlando, in data 17 febbraio 2016, sugli Stati Generali dell'esecuzione penale. Il Ministro indica come oggetto di discussione il rendere l'esecuzione penale uno strumento in grado di contrastare i reati e, al contempo, un percorso di ritorno in società potendo così

¹¹⁸ Le citazioni dei Tavoli di lavoro istituiti dal Ministro della Giustizia Orlando, nell'ambito della riforma attualmente in discussione al Parlamento, sono reperibili al sito www.giustizia.it

realizzare una sicurezza effettiva della collettività. Orlando riapre la discussione, da un lato, su temi affrontati nell'ottica legislativa già avviata con la legge delega attualmente in discussione al Senato, dopo l'approvazione da parte della Camere dei Deputati; dall'altro, nell'ottica del più ampio confronto sulla riforma di questo settore avviato dagli Stati Generali dell'esecuzione penale. Orlando dichiara come “le misure alternative alla detenzione che il magistrato di sorveglianza potrà concedere nelle tappe del percorso saranno maturate da effettiva e compiuta conoscenza del singolo caso e saranno orientate a un progressivo ritorno all'esterno. Non c'è qui un elemento di “buonismo”, ma c'è un elemento di attenzione alla tutela dell'interesse generale e della sicurezza della società. Proprio questa diversa connotazione della detenzione richiede la possibilità di operare caso per caso, senza alcun automatismo predefinito, sia esso di carattere ostativo alla concessione di misure alternative o automaticamente concessivo.”

Queste sono le direttrici su cui il Ministro ritiene debba muoversi un diverso modo di ripensare le pene e soprattutto il carcere, direttrici che hanno caratterizzato il lavoro degli Stati Generali, le varie proposte formulate nei Tavoli di lavoro e lungo cui la discussione continuerà a svilupparsi. L'esperienza degli Stati Generali nasce dalla volontà del Ministro di raccogliere osservazioni, critiche e proposte. Ora che i risultati dei Tavoli di lavoro sono stati pubblicati si apre una consultazione più ampia, rivolta soprattutto all'opinione pubblica. Il

lavoro potrà, inoltre, essere utile all'esercizio della delega per la riforma dell'ordinamento penitenziario. Per converso, non ha alcuna paternità da parte del Ministero fino a che non sarà oggetto di una specifica proposta che verrà sottoposta al Parlamento.

OSSERVAZIONI CONCLUSIVE

Il lavoro fin qui esposto ha messo in evidenza quanto sia interessante osservare le diverse finalità legislative che, dal 1975 in avanti, seguono un percorso piuttosto impegnativo e flessibile, costituito da varie ed opportune applicazioni delle norme sui benefici penitenziari, alternando modi e campi di applicazione, al fine di corrispondere più efficacemente alle trasformazioni di volta in volta presentatesi nella nostra società. Come già contestato in introduzione, va rilevata la costante, seppur variegata intenzione del legislatore di adattare la legge alle esigenze della collettività. Al tempo della riforma penitenziaria, nel 1975, il legislatore si è ispirato ai principi costituzionali, ha cercato di dare piena attuazione al principio rieducativo *in primis*, creando una gamma di misure che potessero sostituire l'istituto carcerario. Allo stesso tempo però, a causa della situazione emergenziale creatasi in Italia negli anni settanta, ha limitato la concessione delle suddette misure, andando di volta in volta a comprimere la discrezionalità che la magistratura di sorveglianza dovrebbe avere durante l'esecuzione penitenziaria. A metà degli anni Ottanta, tuttavia, il legislatore è ulteriormente intervenuto, eliminando i vari automatismi che avevano ristretto le possibilità di alcuni soggetti condannati per certi tipi di reati di accedere al beneficio penitenziario. Estendendo la sua azione, negli anni Novanta, anni in cui si è notata la poca funzionalità della disciplina allora vigente, il

legislatore è intervenuto su alcuni tipi di autore, introducendo ulteriori preclusioni all'accesso alle misure alternative al carcere. La magistratura di sorveglianza si è pertanto trovata più volte nella condizione di dover ancora adattare la propria funzione; ha trovato difficoltà nell'applicare una certa norma a situazioni nuove e concrete, non potendo valutare caso per caso. Il legislatore ha più volte ridotto, infatti, tale potere discrezionale per provvedere ad esigenze di sicurezza, per proteggere la società da reati particolarmente gravi; ecco, dunque, che spesso la magistratura di sorveglianza si è dovuta limitare nel concedere un beneficio penitenziario ai condannati, nonostante la loro buona condotta nel periodo di detenzione. L'argomento è attualmente esaminato al Senato, che dovrà decidere sul progetto di legge già approvato dalla Camera dei deputati, disegno di legge che tende alla revisione delle modalità e dei presupposti di accesso alle misure alternative in modo da facilitarne il ricorso, ma allo stesso tempo è finalizzato a mantenere certe preclusioni e automatismi nei confronti di soggetti autori di reati come terrorismo e mafia. Tuttavia, dai lavori degli Stati Generali dell'esecuzione penale, è emerso l'orientamento di proporre, mediante alcuni tavoli tematici, modifiche che vadano ad eliminare completamente qualsiasi preclusione assoluta verso i condannati, in modo tale da conformarsi del tutto alla finalità rieducativa prevista dalla nostra Costituzione. Siamo dunque pervenuti ad un momento di adeguata deliberazione, situazione che gli Stati Generali dell'esecuzione penale intenderebbero risolvere a favore del pieno

scopo rieducativo e dunque in favore di un'istituzione carceraria migliore. In attesa dell'esito dell'esame sul progetto di legge n. 2067, appare opportuno sottolineare che, data la multiformità di reati di recente manifestazione, quali la mafia e il terrorismo sia nazionale che internazionale, sia necessario esprimere una certa cautela sui lavori degli Stati Generali dell'esecuzione penale. Risulterebbe così importante che il detenuto possa rientrare in società e che il magistrato possa, durante l'esecuzione di una pena, concedergli la possibilità di espiare la stessa fuori dalle mura dell'istituto; ma, allo stesso tempo, è necessario proteggere la collettività da certi tipi di reati che, al momento, risultano particolarmente allarmanti.

INDICE BIBLIOGRAFICO

Bernasconi A., *La sicurezza nella legge 26 luglio 1975 n. 354: un modello d'indefinito giuridico*, in *"La sicurezza penitenziaria"*, Milano 1991, pag. 91

Bernasconi A., *Le immunità occulte. Fase dell'esecuzione penale ed ideologia premiale tra razionalizzazione e garantismo*, in *"Politica del diritto"* 1997, pag. 194 ss.

Caraceni L. - Cesari C., sub. Art. 4-bis in *"Ordinamento penitenziario commentato"*, a cura di Della Casa F. – Giostra G., 2015 pag.50 ss.

Cesari C., sub. Art. 58-quater in *"Ordinamento penitenziario commentato"* a cura di Della Casa F. – Giostra G., 2015 pag.732 ss.

Cesaris L., sub. Art. 11 in *"Legislazione penale"* 1987 pag. 149 ss.

Chiavario M. – Padovani T., sub. Art. 18 in *"Legislazione penale"* 1987, pag. 199

Comucci P., *Lo sviluppo delle politiche penitenziarie dall'ordinamento del 1975 ai provvedimenti per la lotta alla criminalità organizzata*, in *"Criminalità organizzata e politiche penitenziarie"*, a cura di Presutti A., Milano 1994, pag. 13 ss.

Comucci P., *Il trattamento extra-carcerario dei condannati a pene medio-brevi*, in *"Nuovi profili del trattamento penitenziario"*, Milano 1988, pag. 46 ss.

Comucci P., *La riforma penitenziaria del 1986*, in *"Nuovi profili del trattamento penitenziario"*, Milano 1988, pag. 14 ss.

Corbetta S., *Il nuovo volto della recidiva: tre colpi e sei fuori?* in *"Nuove norme su prescrizione del reato e recidiva"*, a cura di Scalfati A., Padova 2006, pag. 53 ss.

Corso P., *La sicurezza e la disciplina penitenziaria*, in *"Manuale della esecuzione penitenziaria"*, Bologna 2002, pag. 138 ss.

Cortesi M.F., *Le misure di contrasto alla criminalità organizzata nel pacchetto sicurezza*, in *"Diritto penale e processo"* 2009, pag. 1069

Daga L., *Prime osservazioni sull'applicazione della legge n. 663/1986*, in *"Questione giustizia"* 1987, pag. 626

De Minicis F., *Ergastolo ostativo: un automatismo da rimuovere*, in *"Diritto penale e processo"* 2014, pag. 1269

Della Bella A., *Le modifiche in materia di ordinamento penitenziario*, in *"Emergenza carceri e sistema penale"*, Torino 2014, pag. 95 ss.

Della Bella A., *Modifiche al codice di procedura penale*, in *"Emergenza carceri e sistema penale"*, Torino 2014, pag. 37

Della Casa F., *Riforme e controriforme*, in *"La magistratura di sorveglianza, organizzazione, competenze, procedure"*, Torino 1992, pag.2

Della Casa F., *Esecuzione della pena e giudice di sorveglianza: modulazioni del trattamento tra premialità e rigore*, in *"Politica del diritto"* 1998, pag. 5 ss.

Della Casa. F., *Le recenti modificazioni all'ordinamento penitenziario: dagli ideali smarriti della scommessa anticustodialistica agli insidiosi pragmatismi del doppio binario*, in *"L'ordinamento penitenziario tra riforme ed emergenza"*, a cura di Grevi V., Padova 1994, pag. 73 ss.

Di Giovanni A., *Norme sull'ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative e limitative della libertà*, in *"Il nuovo ordinamento penitenziario"*, Napoli 1982, pag. 67

Fanchiotti V., *Le misure alternative*, in *"La criminalità in Italia"*, a cura di Barbagli M. – Gatti U., 1992 pag. 238 ss.

Faraguna P. – Gialuz M., *Il carcere e la promessa tradita dalla Costituente*, in *"Il Mulino"* 2012, pag. 994

Fassone E., *I difficili equilibri del nuovo ordinamento penitenziario*, in *"La pena detentiva in Italia dall'800 alla riforma penitenziaria"*, Bologna 1991, pag. 228 ss.

Fassone E., *Luci ed ombre sulla Legge Gozzini*, in *"Questione giustizia"* 1987, pag. 651 ss.

Fassone E. Basile T. Tuccillo G., *Le misure alternative*, in *"La riforma penitenziaria"*, 1987 pag. 65

Fiandaca G., sub. Art. 18 in *"Legislazione penale"* 1987, pag. 198

Fiorentin F., sub. Art. 30-quater in “*Ordinamento penitenziario commentato*”
a cura di Della Casa F. – Giostra G., 2015 pag. 370 ss.

Fiorio C., *Recidiva e prescrizione dei reati; le novità della legge Ex Cirielli*,
in “*Diritto penale e processo*” 2003, pag. 301

Gennaro D. Breda R. La Greca G., *La riforma del 1975 storia e significato*,
in “*Ordinamento penitenziario e misure alternative alla detenzione*”, Milano
1997, pag. 1 ss.

Grevi V., *Alternative alla detenzione e riforma penitenziaria*”, Bologna 1982,
pag. 13 ss.

Grilli L., *Le misure alternative*, in “*I benefici penali e penitenziari*”, Milano
1994, pag. 149 ss.

Manzone D., *Una normativa d'emergenza per la lotta alla criminalità
organizzata e la trasparenza e il buon andamento dell'attività amministrativa:
uno sguardo d'insieme*, in “*Legislazione penale*” 1992, pag. 856

Margara S., *La modifica della legge penitenziaria: una scommessa per il carcere, una scommessa contro il carcere*, in “*Questione giustizia*” 1986, pag. 521 ss.

Morrone A., *Il penitenziario di massima sicurezza nella lotta alla criminalità organizzata*, in “*Diritto penale e processo*” 2004, pag. 745 ss.

Palazzo F.C., *La riforma penitenziaria del 1986, contenuto, scopi e prospettive di un ulteriore provvedimento di decarcerazione*, in “*Politica del diritto*” 1988, pag. 225 ss.

Presutti A., *La premialità penitenziaria tra rieducazione e custodia*, in “*Profili premiali dell’ordinamento penitenziario*”, Milano 1986, pag. 17 ss.

Presutti A., sub. Art. 14 in “*Legislazione penale*” pag. 176

Presutti A., *Alternative al carcere, regime delle preclusioni e sistema della pena costituzionale*, in “*Criminalità organizzata e politiche penitenziarie*”, Milano 1994, pag. 60 ss.

Pistorelli L., *Aumenti di pena mirati: profili di sistema ed effetti*, in “*Nuove norme su prescrizione del reato e recidiva*”, a cura di Scalfati A., Padova 2006, pag. 31

Pellizzone L., *Riserva di legge e discrezionalità del giudice nella nuova disciplina della recidiva*, in “*Quaderni costituzionali*” 2007, pag. 125

Vassalli G., *Il dibattito sulla rieducazione*, in “*Rassegna penitenziaria e criminologica*” 1982, pag. 466 ss.

RINGRAZIAMENTI

Desidero ringraziare il mio relatore, che con la sua disponibilità e pazienza mi ha aiutata e supportata nello svolgimento della tesi, sia durante la scrittura del lavoro, sia durante la sua fase finale. Grazie a lui e al nostro lavoro, inoltre, mi sono appassionata al diritto penitenziario e al mondo carcerario, tanto da volerne fare parte attraverso la mia futura professione.

Desidero, altresì, ringraziare fortemente i miei genitori, i quali mi hanno concesso la possibilità di poter studiare e di raggiungere questo traguardo alquanto importante, frutto di molti sacrifici da parte loro. Mi hanno inoltre sempre sostenuta, sia durante gli esami, sia durante la fase conclusiva del percorso universitario, dandomi forza e riponendo in me la loro fiducia.

Un ringraziamento altrettanto sentito va a tutta la mia famiglia nel suo complesso, riferendomi in questo ambito a tutti i parenti e amici che mi hanno in questi anni incoraggiata fortemente.

Infine, ma non per importanza, ringrazio la mia cara amica, oltre che collega, con la quale ho iniziato questo percorso, supportandoci e dandoci a vicenda la determinatezza necessaria per arrivare a questo traguardo.

